

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POST-GRADO**

**La protección jurídica de la representación en el ámbito  
del derecho de familia**

**TESIS**

**para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con Mención en  
Derecho Civil y Comercial**

**AUTOR:**

**Oscar Curi Carrasco**

**Lima – Perú**

**2013**

## RESUMEN DE TESIS

La Tesis del Bachiller **OSCAR CURI CARRASCO**, titulada ***“La Protección Jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia”***, como su título indica, tiene por finalidad analizarla protección jurídica de la representación, específicamente en el ámbito del derecho de familia. El título, responde al contenido mismo de la presente investigación. En el primer capítulo están los aspectos generales, metodológicos, las líneas de investigación, y precisión temática. La dimensión histórica, está presente en el segundo capítulo, y teniendo en cuenta la riqueza de las correspondientes fuentes primigenias del derecho occidental, específicamente el Derecho Romano, además de los grandes juristas occidentales. En el tercer capítulo el autor analiza las diversas posiciones doctrinarias que sustentan la naturaleza jurídica de la Representación.

El necesario análisis del área constitucional se encuentra en el Cuarto capítulo. Analiza el Neo constitucionalismo, y el Estado Constitucional de Derecho, base y sostén del sistema jurídico moderno, aplicado al tema en concreto. En el capítulo quinto, se analiza el Derecho Positivo Internacional, esto es, los tratados, y convenciones, el funcionamiento de los mismos en relación al tema abordado, haciendo el autor referencia de lo complejo que es el mundo, visto desde una perspectiva jurídica.

La Representación en el Derecho de Familia (Adviértase que no mencionamos al Código u otra norma), con todos sus detalles y complicaciones, es analizado en el capítulo sexto, que resulta de singular

importancia, porque además permite encontrar la especificidad de esta figura jurídica de singular importancia en el mundo moderno.

El Poder, tema importante y que muchos no lo consideran, es un aspecto central en la investigación, es analizado en el capítulo séptimo. Para una mayor exigencia y riqueza doctrinaria, recurre con rigor a delimitar el tema y diferenciar de otras figuras que son muy afines, y semejantes.

La representación en el ámbito del derecho de familia, más concretamente en el Ordenamiento Jurídico Peruano, tiene como espacio correspondiente en el capítulo octavo. Aquí vemos en toda su magnitud la inmensa riqueza del tema, es abordado recurriendo a una visión multidisciplinaria del Derecho Privado, no sólo se aborda el Libro de Derecho de Familia del Código, hay referencia a otras áreas del Derecho Civil, y Procesal Civil. El Pluralismo Jurídico, es analizado en el capítulo noveno, tan presente en nuestra vida patria no deja de tener importancia en la tesis, se hace un análisis del Derecho Comparado, y doctrina, además de la experiencia jurídica nacional.

El capítulo Décimo es dedicado no solo a la jurisprudencia nacional, sino también los precedentes Registrales de Registros Publico, ello denota la seriedad con que ha trabajado el tema, además consigna dos comentarios de jurisprudencia, son análisis concretos, recurriendo a la Teoría del Caso, corriente doctrinal impuesta en el mundo, sin exceder de abusos en citar doctrina. Además hay referencia histórica al origen de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado. Son interesantes las conclusiones, que están en estricta consonancia con cada problema e hipótesis planteada, y además las recomendaciones que están en función a cada área del derecho privado.

## THESIS SUMMARY

The Bachelor Thesis CURI OSCAR CARRASCO, entitled "Legal protection of representation in the area of family law", as its title indicates, is intended to analyze the legal protection of representation, specifically in the area of family law. The title, responds to the content of this investigation. In the first chapter are general aspects, methodological, research lines and thematic precision. The historical dimension is present in the second chapter, and considering the wealth of relevant original sources of Western law, specifically the Roman law, in addition to the great Western jurists. In the third chapter the author discusses the various doctrinal positions that support the legal nature of the Representation.

The necessary analysis of the constitutional area is in the fourth chapter. It analyses the Neo Constitutionalism and the Constitutional State of Law base and support of the modern legal system, applied to the particular subject. In the fifth chapter, the International Positive Law is analyzed, that is, the agreements, and conventions, the functioning of the same ones in relation to the approached topic, doing the author references about how complex the world, seen from a legal perspective.

The Representation in Family Law (note that it do not mention the Code or other regulation), with all its details and complications, is analyzed in chapter six, which is of

particular importance, because in addition it allows to find the specificity of this juridical figure of singular importance in the modern world.

The Power, important issue and that many do not consider, is central in the investigation, it is analyzed in chapter seventh. For a major exigency and doctrinaire wealth, it resorts with rigor to delimiting the topic and differing from other figures that are very related, and similar.

The representation in the family law area, specifically in the Peruvian Legal System, has the appropriate space in the eighth chapter. Here it sees the full extent of the immense wealth of the subject, it is approached resorting to a multidisciplinary vision of the Private Law, not only there is approached the Family Law Book of the Code, there is reference to other areas of the Civil Law, and Civil Procedure. Legal Pluralism, it is analyzed in chapter nine, so present in our country life is not without importance in the thesis, there is an analysis of Comparative Law and doctrine, as well as national legal experience.

The tenth chapter is dedicated not only to the national law, but also the preceding Register of Public Records, it denotes the seriousness with which the topic has worked, in addition it records two comments of jurisprudence are specific analysis, resorting the Theory of Case, doctrinal trend imposed in the world, without exceeding abuses in mentioning doctrine. There are also historical reference to the origin of Jurisprudence in Comparative Law. There are interesting conclusions, which are in strict agreement with every problem and raised hypothesis, and in addition recommendations are in function to every area of the private law.

**DEDICO LA PRESENTE TESIS A:**

**MI CIUDAD:** Ayacucho, cuna de la Libertad Americana, tierra de hombres libres.

**LOS CATEDRÁTICOS SANMARQUINOS:**

Por la formación recibida en esta casa de estudios.

**DR. HECTOR CORNEJO CHAVEZ:**

Por ser un gran maestro del Derecho de Familia.

**DR. JOSÉ ITURRIAGA ROMERO:**

Investigador Sanmarquino, entre otros de la institución jurídica de la Representación.

**AGRADECIMIENTO:** A mi maestra y asesora de la presente tesis: Doctora Carmen Meza Ingar, pedagoga del Derecho; **y a mi Familia** que sin su comprensión y apoyo sería imposible la presente investigación.

.

## PRESENTACIÓN

La Tesis del Bachiller **OSCAR CURI CARRASCO**, titulada ***“La Protección Jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia”***, no es fruto del azar e improvisación sino por el contrario, es obra que materializa muchos años de investigación y de trabajo sistemático y ordenado del tema. Hay pues una paciente recolección de datos bibliográficos, asistencia a clases de los maestros que dictan los cursos vinculados al tema, como son: Familia, Acto Jurídico, Contratos, Personas, Comercial, Procesal Civil, Constitucional, Registral, y Notarial; asimismo de acopio de Jurisprudencia; diálogos e intercambio de ideas con especialistas; y de la experiencia laboral en el Poder Judicial y las Fiscalías Provinciales de Familia del Distrito Fiscal de Lima. En suma se trata no sólo de un trabajo doctrinario, sino que también el mismo se encuentra enriquecido por una amplia e intensa experiencia profesional del investigador, como Fiscal Adjunto Provincial de la 12° y 7° Fiscalía de Familia de Lima y como Fiscal Provincial de la 2° y 21° Fiscalía de Familia de Lima desde el año 2002 hasta la actualidad.

Como bien señala su título y lo expresa el planteamiento del problema de investigación, las hipótesis, y los objetivos, se hace un análisis de la protección jurídica de la representación en el ámbito del derecho de familia, obviamente en el Derecho Positivo Peruano.

Además de una introducción histórica de derecho comparado, en el primer capítulo están los aspectos generales, metodológicos, las líneas de investigación, y precisión temática. Luego del cuerpo mismo de la tesis, que es el desarrollo de la investigación doctrinaria, encontramos las conclusiones y recomendaciones.



Son interesantes las conclusiones, que están en estricta consonancia con cada problema e hipótesis planteada, y además las recomendaciones que están en función a cada área del Derecho.

Además cabe señalar que la bibliografía usada es la que se ha podido encontrar, recolectar, y procesar, de las distintas bibliotecas, y las que se han adquirido en las Librerías de nuestro país y algunas del extranjero, sobretodo de la Argentina.

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis, está dirigida a realizar un análisis de “La Protección Jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia”. Es una tesis doctrinaria, en la que se analizará la protección jurídica de la representación, específicamente en el ámbito del derecho de familia, lo cual implica previamente ubicar a esta institución jurídica dentro del marco general del Derecho. Consideramos que es necesario explicitar que el Derecho responde a una época histórica determinada, y en cada etapa se presentan características propias de cada época.

Somos conscientes que es privativo de los seres humanos ser titulares de derechos subjetivos, a partir de esa constatación los seres humanos establecen relaciones jurídicas, materializados en actos jurídicos. En las sociedades modernas, los individuos establecen infinidad de relaciones jurídicas, las mismas recaen sobre derechos y obligaciones, sea creando, modificando, regulando, o extinguiendo. Ejercitar esos derechos y obligaciones, se materializan a través de actos jurídicos, materia de análisis son las que específicamente se realizan en el ámbito de familia. Los actos jurídicos son una teoría general del Derecho Civil, que tiene peculiaridades específicas en el ámbito del Derecho de Familia, y se funda en el hecho que las personas no siempre actúan *intuitu personae*, siendo que el titular del derecho subjetivo puede hacerlo a través de otra persona, sea en su propio nombre o de sí mismo. La peculiaridad de la representación en el ámbito del derecho de familia es que la mayoría de los actos son realizados no directamente por el titular, sino a través de representantes legales,

establecidos tuitivamente en el Código Civil, y en ocasiones por disposición del Juez especializado en Derecho de Familia.

La investigación gestada de manera paciente y sistemática, recoge los estudios de los diversos especialistas de la materia, implícita o explícitamente, estimando y valorando los estudios, todos constituyen aportes valiosos. La tesis es doctrinal, y recoge los aportes de los juristas, ofreciendo una síntesis de las investigaciones que sobre la materia se han practicado.

La presente investigación toca un tema de suma importancia, referido a “La protección jurídica de la representación en el ámbito del derecho de familia”, necesarios en una sociedad de masas y globalizada, toda vez que se da una realidad contundente, y es que es imposible que una persona realice por si sola todos los actos jurídicos que le concierne al mismo tiempo, y que permite mover grandes cantidades de recursos económicos, y en las que en muchos casos aparecen como sus titulares, menores de edad, que tienen particular tutela jurídica del ordenamiento peruano. Analizaremos los tipos de representación en el ámbito del derecho de familia, asimismo las normas internacionales: Tratados, Convenios, el Derecho Comparado: Constitucional y Legal, la Jurisprudencia Nacional: Jurisdiccional y Registral.

## RESUMEN

La Tesis del Bachiller **OSCAR CURI CARRASCO**, titulada ***“La Protección Jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia”***, como su título indica, tiene por finalidad analizar la protección jurídica de la representación, específicamente en el ámbito del derecho de familia. El título, responde al contenido mismo de la presente investigación. En el primer capítulo están los aspectos generales, metodológicos, las líneas de investigación, y precisión temática. La dimensión histórica, está presente en el segundo capítulo, y teniendo en cuenta la riqueza de las correspondientes fuentes primigenias del derecho occidental, específicamente el Derecho Romano, además de los grandes juristas occidentales. En el tercer capítulo el autor analiza las diversas posiciones doctrinarias que sustentan la naturaleza jurídica de la Representación.

El necesario análisis del área constitucional se encuentra en el Cuarto capítulo. Analiza el Neo constitucionalismo, y el Estado Constitucional de Derecho, base y sostén del sistema jurídico moderno, aplicado al tema en concreto. En el capítulo quinto, se analiza el Derecho Positivo Internacional, esto es, los tratados, y convenciones, el funcionamiento de los mismos en relación al tema abordado, haciendo el autor referencia de lo complejo que es el mundo, visto desde una perspectiva jurídica.

La Representación en el Derecho de Familia (Adviértase que no mencionamos al Código u otra norma), con todos sus detalles y complicaciones, es analizado en el capítulo sexto, que resulta de singular

importancia, por qué además permite encontrar la especificidad de esta figura jurídica de singular importancia en el mundo moderno.

El Poder, tema importante y que muchos no lo consideran, es un aspecto central en la investigación, es analizado en el capítulo séptimo. Para una mayor exigencia y riqueza doctrinaria, recurre con rigor a delimitar el tema y diferenciar de otras figuras que son muy afines, y semejantes.

La representación en el ámbito del derecho de familia, más concretamente en el Ordenamiento Jurídico Peruano, tiene como espacio correspondiente en el capítulo octavo. Aquí vemos en toda su magnitud la inmensa riqueza del tema, es abordado recurriendo a una visión multidisciplinaria del Derecho Privado, no sólo se aborda el Libro de Derecho de Familia del Código, hay referencia a otras áreas del Derecho Civil, y Procesal Civil. El Pluralismo Jurídico, es analizado en el capítulo noveno, tan presente en nuestra vida patria no deja de tener importancia en la tesis, se hace un análisis del Derecho Comparado, y doctrina, además de la experiencia jurídica nacional.

El capítulo Décimo es dedicado no solo a la jurisprudencia nacional, sino también los precedentes Registrales de Registros Publico, ello denota la seriedad con que ha trabajado el tema, además consigna dos comentarios de jurisprudencia, son análisis concretos, recurriendo a la Teoría del Caso, corriente doctrinal impuesta en el mundo, sin exceder de abusos en citar doctrina. Además hay referencia histórica al origen de la Jurisprudencia en el Derecho Comparado. Son interesantes las conclusiones, que están en estricta consonancia con cada problema e hipótesis planteada, y además las recomendaciones que están en función a cada área del derecho privado.

# “LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA REPRESENTACIÓN EN EL AMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA”

## ÍNDICE

|   | Pág.          |
|---|---------------|
| Dedicatoria   | I             |
| Agradecimiento  | II            |
| Presentación  | III           |
| Introducción  | V             |
| Resumen   | VII           |
| Índice  | IX            |
| <br><b>CAPÍTULO I:</b>  | <br><b>1</b>  |
| <b>ASPECTOS GENERALES DE LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA</b>               | <b>1</b>      |
| 1.1 Aspectos generales de la Representación en el Derecho de Familia.                 | 1             |
| 1.2 Referencia a la problemática de la Representación en el Derecho de Familia.       | 2             |
| 1.2.1.- Formulación de Preguntas.   | 2             |
| 1.3 Aspectos Metodológicos.   | 3             |
| 1.4 Objetivos, Justificación.   | 4             |
| 1.4.1. Objetivos.   | 4             |
| 1.4.2. Justificación.   | 5             |
| 1.5 Lineamientos de la Investigación. Líneas de Investigación. (temáticas)            | 6             |
| 1.5.1 Lineamientos de la Investigación.   | 6             |
| 1.5.2 Líneas de Investigación. (Temáticas)  | 7             |
| 1.6 Formulación de Hipótesis  | 7             |
| 1.7 Marco Teórico.  | 8             |
| 1.8 Delimitación del Tema.  | 9             |
| 1.9 Aspectos generales conceptuales sobre la Representación en el Derecho de Familia. | 9             |
| 1.10 ¿Por qué tutelar la Representación en el Derecho de Familia?                     | 10            |
| <br><b>CAPÍTULO II:</b>   | <br><b>11</b> |
| <b>ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.</b>             | <b>11</b>     |
| 2.1 Derecho Romano.   | 11            |
| 2.2 Etapas del Derecho Romano.  | 12            |
| 2.2.1 Época Arcaica.  | 12            |
| 2.2.2 Época Clásica.  | 13            |
| 2.2.2.1 Periodo Clásico Inicial.  | 13            |
| 2.2.2.2 Periodo Clásico Alto.   | 13            |
| 2.2.2.3 Periodo Clásico Tardío.   | 14            |
| 2.2.3 Época Postclásico   | 14            |

|   |  |           |
|---|--|-----------|
| 2.2.3.1   | Periodo Diocleciano.   | 14        |
| 2.2.3.2   | Periodo Constantino.   | 15        |
| 2.3   | La Representación Familiar en el Derecho Romano.   | 15        |
| 2.3.1   | Figuras de Representación Familiar   | 18        |
| 2.3.1.1   | El Concebido.  | 19        |
| 2.3.1.2   | La Patria Potestad.  | 21        |
| 2.3.1.3   | La Tutela.   | 21        |
| 2.3.1.4   | La Curatela.   | 26        |
| 2.3.1.5   | Posición del autor respecto a la Representación en Roma.   | 28        |
| 2.4   | Derecho Intermedio.  | 30        |
| 2.5   | Principales Teorías de la Representación Civil   | 31        |
| 2.5.1   | La Representación Directa  | 31        |
| 2.5.2   | Aporte de Pothier en la Representación.  | 31        |
| 2.5.3   | Federico Carlos de Savigny y la Representación.  | 33        |
| 2.5.3.1-  | Críticas a la doctrina de SAVIGNY.   | 36        |
| 2.6   | Representación y Mandato en la codificación del mundo moderno  | 37        |
| 2.7   | Posición del autor respecto a la doctrina de la Representación Moderna.                                | 41        |
| <br><b>CAPÍTULO III:</b>  |  |           |
| <b>TEORÍAS DE LA INCIDENCIA DE LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.</b> |  | <b>45</b> |
| 3.1   | Naturaleza Jurídica.   | 45        |
| 3.2   | Teorías que consideran a la voluntad del representado como la que concluye el negocio o acto jurídico: | 46        |
| 3.2.1   | Teoría del Nuncio.   | 46        |
| 3.2.2   | Teoría de la Ficción.  | 47        |
| 3.2.3   | Teoría de la Sustitución.  | 48        |
| 3.2.4.  | Teoría de la Legitimación.   | 51        |
| 3.3   | Teorías que consideran a la voluntad del representante como la que concluye el Acto                    | 52        |
| 3.3.1   | Teoría de la Representación Autónoma o del Representante.  | 52        |
| 3.4   | Teorías Intermedias.   | 54        |
| 3.4.1   | Teoría del Doble Contrato.   | 54        |
| 3.4.2   | Teoría del representante condicionada por el representado.   | 54        |
| 3.4.3   | Teoría de la Cooperación.  | 56        |
| <br><b>CAPÍTULO IV:</b>   |  | <b>59</b> |
| <b>DERECHO CONSTITUCIONAL: REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.</b>         |  |           |
| 4.1   | Teoría Constitucional.   | 59        |
| 4.2   | El Estado de Derecho Constitucional  | 60        |
| 4.2.1   | Estado de Derecho  | 60        |
| 4.2.2   | Antecedentes del Estado Constitucional de Derecho  | 61        |
| 4.2.3   | El Estado Social de Derecho  | 61        |
| 4.2.4   | El Estado Constitucional de Derecho  | 62        |
| 4.3   | Las Constituciones Peruanas.   | 63        |
| 4.4   | La Constitución de 1993.   | 66        |
| 4.5   | Las Principales Constituciones de América.   | 68        |
| 4.5.1   | ARGENTINA: Constitución de la Nación Argentina (1994)  | 68        |
| 4.5.2   | BOLIVIA: Constitución Política del Estado (2007)   | 68        |
| 4.5.3   | BRASIL: Constitución (1988)  | 70        |
| 4.5.4   | COSTA RICA.- Constitución (1949)   | 73        |
| 4.5.5   | VENEZUELA: Constitución (1999)   | 73        |
| 4.5.6   | Apreciación del autor sobre las regulaciones constitucionales de                                       | 75        |

|   |     |
|---|-----|
| nuestra América   |     |
| 4.6 Las Principales Constituciones de Europa.   | 75  |
| 4.6.1 ITALIA: Constitución de la República Italiana (1947)  | 75  |
| 4.6.2 ESPAÑA: La Constitución Española de 1978  | 76  |
| 4.6.3 ALEMANIA: Constitución de Alemania de 1949.   | 77  |
| 4.6.4 Apreciación del autor sobre la regulación constitucional europea  | 77  |
| <br>CAPÍTULO V:   | 79  |
| DERECHO POSITIVO INTERNACIONAL. CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES, RESPECTO A LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA. | 79  |
| 5.1 Breve Referencia Histórica al Orden Jurídico Nacional e Internacional.  | 79  |
| 5.2 Poder Jurisdiccional, Ordenamiento Jurídico Nacional, y Normas Internacionales.   | 81  |
| 5.3 Características Actuales del Orden Jurídico Internacional   | 83  |
| 5.4 Principales normas Internacionales que regulan la Representación en el Derecho de Familia.                                  | 85  |
| 5.5 Marco normativo internacional básico de tutela de la Familia y de la Niñez.   | 90  |
| 5.6 La Representación en la Convención sobre los Derechos del Niño.   | 96  |
| <br>CAPÍTULO VI:  | 99  |
| LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.   | 99  |
| 6.1 El concepto de Representación.  | 99  |
| 6.2 Requisitos de la Representación.  | 103 |
| 6.3 Efectos de la Representación.   | 109 |
| 6.4 Extinción de la Representación.   | 110 |
| 6.4.1 Revocación.   | 110 |
| 6.4.2 Renuncia del representante.   | 110 |
| 6.4.3 Muerte, o extinción del representante o representado.   | 111 |
| 6.5 Clasificación de la Representación.   | 111 |
| 6.5.1 En función a la sujeción a los alcances del mandato:  | 111 |
| 6.5.1.1 Representación Directa.   | 111 |
| 6.5.1.2 Representación Indirecta.   | 114 |
| 6.5.2 En función a la forma de actuación del representante frente al tercero  | 116 |
| 6.5.2.1 Representación Activa.  | 116 |
| 6.5.2.2 Representación Pasiva.  | 116 |
| 6.5.3 Pluralidad de Representantes.   | 117 |
| 6.5.4 Pluralidad de Representados.  | 119 |
| 6.5.5 El autocontrato.  | 120 |
| 6.5.5.1 Tesis: Negativista.   | 122 |
| 6.5.5.2 Tesis: Positivista.   | 124 |
| 6.5.6 La Representación Mixta   | 125 |
| 6.5.7 Representación Voluntaria, Judicial, y Legal.   | 125 |
| 6.5.7.1 Representación Voluntaria.  | 126 |
| 6.5.7.2 Representación Judicial.  | 127 |
| 6.5.7.3 Representación Legal.   | 128 |
| 6.6 La Representación en el Derecho de Familia.   | 130 |
| 6.7 Clases de Representación en el Derecho de Familia.  | 131 |
| 6.7.1. El Concebido   | 131 |
| 6.7.2. La Patria Potestad   | 132 |
| 6.7.3. La Tutela  | 132 |
| 6.7.4. La Curatela  | 133 |
| 6.7.5. Sociedad de Gananciales.   | 133 |
| 6.8 Diferencias entre la representación y otras instituciones o figuras jurídicas.  | 133 |



|  |   |     |
|--|---|-----|
| 6.8.1.-  | <i>Diferencias entre Representación y Mandato sin representación.</i>                         | 134 |
| 6.8.2.-  | <i>Diferencias entre Representación y Mandato con representación.</i>                         | 135 |
| 6.8.3.-  | <i>Diferencias entre Representación y Contrato por persona a nombrar.</i>                     | 137 |
| 6.8.4.-  | <i>Diferencias entre Representación y Contrato a favor de terceros</i>                        | 139 |
| 6.8.5.-  | <i>Diferencias entre Representación con la Promesa de la Obligación o Hecho de un Tercero</i> | 140 |
| 6.8.6.-  | <i>Diferencias entre Representación y Corretaje.</i>  | 141 |
| 6.8.7.-  | <i>Diferencias entre Representación y Nuncio.</i>   | 142 |
| 6.8.8.-  | <i>Diferencias entre Representación y Comisión</i>  | 143 |
| <b>CAPÍTULO VII:</b>                                       |   | 145 |
| <b>EL PODER EN EL DERECHO DE FAMILIA</b>                   |   | 145 |
| 7.1  | <b>El Poder en el Derecho de Familia.</b>   | 145 |
| 7.1.1.-  | Contenido.  | 148 |
| 7.1.2.-  | Extensión y Límites.  | 149 |
| 7.1.3.-  | Ejercicio del Poder.  | 149 |
| 7.1.4.-  | Sustitución   | 150 |
| 7.1.5.-  | Extinción del poder   | 153 |
| 7.1.6.-  | Ratificación  | 154 |
| 7.2  | <b>Clases de Poder.</b>   | 156 |
| 7.2.1.-  | Poder General.  | 156 |
| 7.2.2.   | Poder Especial.   | 158 |
| 7.3  | <b>Poder Irrevocable</b>  | 160 |
| 7.4  | <b>Poder Aparente</b>   | 164 |
| 7.5  | <b>Diferencias entre el Poder y otras instituciones o figuras jurídicas</b>                   | 165 |
| 7.5.1.-  | Diferencias entre el Poder y el Nuncio  | 168 |
| 7.5.2.-  | Diferencias entre el Poder y la Representación.   | 169 |
| 7.5.3.-  | Diferencias entre Poder y Mandato.  | 171 |
| 7.6  | <b>El Poder en el Derecho Notarial Peruano.</b>   | 172 |
| 7.6.1  | Breve referencia histórica del notariado.   | 172 |
| 7.6.2  | Concepto de Poder Notarial.   | 175 |
| 7.6.3  | Formalidades.   | 175 |
| 7.6.3.1.   | Cuantía.  | 175 |
| 7.6.3.2.   | Actos y formalidades.   | 176 |
| 7.6.3.2.1.   | Aceptación.   | 176 |
| 7.6.3.2.2.   | Renuncia.   | 176 |
| 7.6.3.2.3.   | Revocación.   | 176 |
| 7.6.3.2.4.   | Sustitución.  | 177 |
| 7.6.4  | <b>Clases.</b>  | 177 |
| 7.6.4.1  | Carta Poder.  | 177 |
| 7.6.4.2  | Poder fuera de registro.  | 177 |
| 7.6.4.3  | Poder por Escritura Pública.  | 178 |
| 7.6.5  | <b>Poderes otorgados en el extranjero.</b>  | 179 |
| 7.6.5.1  | Poder otorgado ante Cónsul Peruano.   | 179 |
| 7.6.5.2  | Poder otorgados ante Notaría del Extranjero.  | 180 |
| <b>CAPÍTULO VIII:</b>                                      |   | 181 |
| <b>LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA PERUANO.</b> |   | 181 |
| 8.1  | <b>La Representación de Familia en la Constitución vigente.</b>                               | 181 |
| 8.1.1.   | Hacia una Teoría General  | 181 |
| 8.1.2.   | Seguridad: Dinámica y Estática.   | 182 |
| 8.2  | <b>La Representación de Familia en el Código Civil</b>  | 182 |

|            |   |     |
|------------|---|-----|
| 8.2.1      | Código Civil Peruano de 1852.   | 182 |
| 8.2.2      | Código Civil Peruano de 1936.   | 185 |
| 8.2.3      | Código Civil Peruano de 1984.   | 189 |
| 8.3        | El Código Civil Peruano de 1984 y la Representación en el Derecho de Familia.                                 | 191 |
| 8.3.1      | Libro I: Derecho de las personas  | 191 |
| 8.3.1.1    | La representación del concebido   | 191 |
| 8.3.1.2    | La representación de la persona natural   | 193 |
| 8.3.1.3    | La representación del Ausente.  | 197 |
| 8.3.2      | Libro II: Acto Jurídico.  | 197 |
| 8.3.3      | Libro III: Derecho de Familia   | 197 |
| 8.3.3.1    | Patria Potestad.  | 197 |
| 8.3.3.2    | Tutela.   | 203 |
| 8.3.3.3    | Curatela.   | 203 |
| 8.3.3.4    | Sociedad de Ganaciales  | 204 |
| 8.3.3.5    | Patrimonio Familiar.  | 204 |
| 8.3.3.6    | Representación Especial para disponer bienes del menor.   | 209 |
| 8.3.3.7    | Representación Especial para arrendar bienes del menor.   | 212 |
| 8.3.4      | LIBRO IX: Registros Públicos  | 215 |
| 8.4        | La Representación en sede Judicial en el Código Procesal Civil.   | 217 |
| 8.5        | La Representación en el Código Procesal Civil.  | 219 |
| 8.5.1      | Clasificación de la Representación Procesal   | 223 |
| 8.5.1.1    | Por los alcances del poder.   | 224 |
| 8.5.1.1.1. | Representación General.   | 224 |
| 8.5.1.1.2. | Representación Especial.  | 224 |
| 8.5.1.2    | Por el origen del poder   | 225 |
| 8.5.1.2.1. | Representación Procesal Voluntaria.   | 225 |
| 8.5.1.2.2. | Representación Legal.   | 225 |
| 8.5.1.2.3. | Representación Judicial.  | 226 |
| 8.5.1.3    | Por el número de representantes:  | 226 |
| 8.5.1.3.1. | Singular.   | 226 |
| 8.5.1.3.2. | Plural.   | 226 |
| 8.5.1.4    | Por la condición del representante:   | 226 |
| 8.5.2      | Aceptación y Extinción del Poder.   | 227 |
| 8.6        | La Representación en la Ley Orgánica del Poder Judicial.  | 227 |
| 8.7        | ¿Por qué el Juez tiene potestad de otorgar Representación Judicial?   | 227 |
| 8.8        | La Representación en el Código de los Niños y Adolescentes.   | 228 |
|            | <b>CAPÍTULO IX:</b>   | 233 |
|            | <b>LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA PERUANO EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL PLURALISMO JURÍDICO.</b> | 233 |
| 9.1        | ¿Qué es el Pluralismo Jurídico?   | 233 |
| 9.2        | El Pluralismo Jurídico en el Derecho Constitucional Comparado Sur Americano                                   | 235 |
| 9.2.1      | Constitución Colombiana (1991).   | 236 |
| 9.2.2      | Constitución de la República de Paraguay (1992).  | 237 |
| 9.2.3      | Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)  | 239 |
| 9.2.4      | Constitución de la República de Bolivia.  | 241 |
| 9.2.5      | Constitución de la República del Ecuador (1998).  | 242 |
| 9.3        | El Pluralismo Jurídico en la Constitución Peruana de 1993   | 245 |
| 9.4        | La Representación Familiar en el Pluralismo Jurídico Peruano  | 249 |
| 9.4.1      | ¿Qué es el servinacuy?  | 249 |
| 9.4.2      | La representación en el servinacuy.   | 251 |
| 9.4.3      | Rimaykukuy.   | 252 |

|  |                |
|--|----------------|
| <b>CAPÍTULO X:</b>   | <b>255</b>     |
| <b>LA REPRESENTACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA PERUANO EN LA</b>                        | <b>255</b>     |
| <b>JURISPRUDENCIA NACIONAL</b>   |                |
| 10.1 La Jurisprudencia.  | 255            |
| 10.2 Referencia Histórica de la Jurisprudencia en el Derecho Procesal Civil Peruano. | 256            |
| 10.3 La Casación   | 260            |
| 10.3.1 Concepto.-  | 260            |
| 10.3.2 Características.  | 261            |
| 10.3.3 Finalidad de la Casación.   | 262            |
| 10.3.4 Modalidades de Casación.  | 265            |
| 10.3.4.1 Casación por Salto.   | 265            |
| 10.3.4.2 Casación por interés de la ley.   | 265            |
| 10.4 La Casación en el Perú actual.  | 266            |
| 10.5 Referencia histórica de la Jurisprudencia Casatoria en el Derecho Comparado.    | 268            |
| 10.5.1 Los orígenes en Francia.  | 268            |
| 10.5.2 Casación en la época presente.  | 271            |
| 10.5.3 Conceptos de la Casación desde la doctrina.                                   | 272            |
| 10.5.4 Sistemas Casatorios.  | 273            |
| 10.5.4.1 Sistema Francés.  | 273            |
| 10.5.4.2 Sistema Alemán.   | 274            |
| 10.5.4.3 Sistema Español.  | 275            |
| 10.6 Cuestiones generales de los análisis jurídicos de casos.                        | 276            |
| 10.7 Jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional.                                    | 279            |
| 10.8 Análisis de Jurisprudencia seleccionada de la Corte Suprema.                    | 302            |
| 10.8.1 Primera jurisprudencia seleccionada.  | 302            |
| 10.8.2 Segunda jurisprudencia seleccionada.  | 306            |
| 10.9 Precedentes del Tribunal Registral.   | 310            |
| 10.10 Análisis de los Precedentes seleccionados del Tribunal Registral.              | 332            |
| 10.10.1 Primer precedente registral.   | 332            |
| 10.10.2 Segundo precedente registral.  | 335            |
| <br><b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>  | <br><b>341</b> |
| 1 Conclusiones   | 341            |
| 2 Recomendaciones  | 344            |
| <br><b>ANEXOS</b>  | <br><b>347</b> |
| <b>PROYECTO DE REFORMA LEGISLATIVA</b>   | <b>347</b>     |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b>  | <b>349</b>     |
|  | <b>366</b>     |

# **CAPÍTULO I**

## **ASPECTOS GENERALES DE LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA**

### **1.1.- ASPECTOS GENERALES DE LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.-**

La presente tesis, está dirigida al estudio y análisis de **“La Protección Jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia”**. La Representación en el Derecho Civil es un tema de reciente tratamiento, no hubo en Roma, aparecerá recién en el “mundo moderno”, con la doctrina alemana del siglo XIX, y en el ámbito del Derecho de Familia se habla del tema a partir del siglo XX. Las plumas más exquisitas de la doctrina civilista han dedicado sendos estudios al tema, consideramos necesario un análisis integral de la institución de la referencia.

Por otro lado, es un tema necesario en una sociedad de masas y globalizada, toda vez que se da una realidad contundente, y es que es imposible que una persona realice por si sola todos los actos jurídicos que le concierne al mismo tiempo, y que permite no sólo mover grandes cantidades de recursos económicos, sino sobre todo decisiones personales de trascendencia jurídica, en las que en muchos casos aparecen como sus titulares, menores de edad, que tienen particular tutela jurídica del ordenamiento peruano. En razón de dichas peculiaridades, los más connotados juristas, han visto por conveniente enfocar el tema de la Representación contando con los detalles específicos del Derecho de Familia, en ese sentido están los estudios en el Perú, de los maestros del Derecho Civil peruano, Max Arias Schreiber Pezet, y Aníbal Torres Vásquez.

Las instituciones tutelares del Derecho de Familia, como son la Patria Potestad, la Tutela, la Curatela, son enfocadas como figuras de la Representación. Pero también está presente la Representación con sus propias especificaciones en los Sujetos de Derecho, especialmente en el concebido o nasciturus, asimismo hay reglas particulares respecto a la disposición (compra-venta), de bienes inmuebles de los niños y adolescentes, lo mismo ocurre con la figura del arrendamiento. Son muchas las razones que permiten hablar de **“La representación en el ámbito del derecho de familia”**, y que más en detalle analizamos en el desarrollo de la presente tesis.

## **1.2.- REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.-**

La protección jurídica es sumamente necesario, más aún en un contexto que desborda al Estado Moderno, y sobretodo en todas las relaciones jurídicas celebradas entre los sujetos de derechos, que no siempre se dan de manera directa, sino en la actualidad en la mayoría de casos se dan a través de la institución jurídica de la Representación propiamente.

### **1.2.1.- FORMULACIÓN DE PREGUNTAS:**

¿Por qué se debe dar protección jurídica a los actos jurídicos de familia, celebrados entre partes que actúan a través de representantes?

¿Cuáles son las etapas históricas de la protección jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia?

¿Cuáles son las teorías que fundamentan la tutela jurídica de la Representación?

¿Cuáles son los Derechos Constitucionales de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia?

¿Cuáles son las regulaciones jurídicas de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Nacional?

¿Cuáles son las regulaciones jurídicas de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Internacional?

¿Cuáles son las regulaciones jurídicas de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Nacional, Doctrina, y Jurisprudencia?

¿Cuáles son las experiencias jurídicas del Pluralismo Jurídico Peruano en las regulaciones de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia?.

### 1.3.- ASPECTOS METODOLÓGICOS.

**LA INVESTIGACIÓN**, de la presente tesis, estando pues a lo exigido por la Unidad de Postgrado de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM, es de **TIPO TEÓRICO – DOGMÁTICO**.

Sin embargo, desde una perspectiva metodológica, se trata de una Investigación de tipo **Descriptiva - Correlacional**, al respecto, Roberto Hernández Sampieri, señala :

**“Los estudios descriptivos, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o variables a las que se refieren”<sup>1</sup>**

**“Los estudios correlacionales, tienen como propósito conocer la relación que existe entre dos o mas conceptos, categorías o variables en un contexto en particular.  
En ocasiones sólo se analiza la relación entre dos variables”<sup>2</sup>**

En la presente, todos los problemas planteados en las investigaciones son de relaciones entre dos conceptos, o variables, y las hipótesis

<sup>1</sup>HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto y otros. “Metodología de la Investigación”. Méjico 2006. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica. p. 102.

<sup>2</sup>HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto y otros. “Metodología de la Investigación”. Méjico 2006. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica. p. 105.

responden a dichos planteamientos. Asimismo es pertinente mencionar que los estudios, o tipos de investigación, no siempre aparecen en estado puro, las más de las veces, se presentan de manera combinada, por ello el autor sustenta que la presente investigación es de tipo descriptivo – correlacional, en ese sentido el especialista Hernández Sampieri, refiere que:

“ (...) Una investigación puede caracterizarse como exploratoria, descriptiva, correlacional o explicativa, pero no situarse únicamente como tal (...) un estudio correlacional incluirá componentes descriptivos (...)”<sup>3</sup>

Además la Investigación es de Naturaleza Jurídica, y desde esta perspectiva multidisciplinaria en lo Jurídico (Constitucional, Tratados Internacionales, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia).

## **1.4.- OBJETIVOS, JUSTIFICACIÓN**

### **1.4.1.- OBJETIVOS.**

Analizar los motivos por los cuales se debe dar protección jurídica a la Representación en el ámbito del Derecho de Familia.

Explicar las etapas históricas de la protección jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia.

Analizar las teorías que fundamentan la tutela jurídica de la Representación.

Explicar los Derechos Constitucionales de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia.

Analizar las regulaciones jurídicas de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Nacional.

---

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto y otros. “Metodología de la Investigación”. México 2006. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica. p. 110.

Analizar las regulaciones jurídicas de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Internacional.

Analizar las regulaciones jurídicas de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Nacional, Doctrina, y Jurisprudencia

Analizar cuáles son las experiencias jurídicas del Pluralismo Jurídico Peruano en las regulaciones de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia.

### 1.4.2.- JUSTIFICACIÓN

La Representación en el ámbito del Derecho de Familia, constituye una necesidad de tutela jurídica: En la medida que se trata de instituciones necesarias reguladas en todas las naciones del mundo. Económica y socialmente un mundo sin la institución de la **Representación en el ámbito del Derecho de Familia**, es impensado. Veamos, si en una familia mueren los padres, los menores supérstites, por las circunstancias del destino tienen la necesidad de celebrar actos jurídicos, en la medida que son incapaces absolutos, lo más idóneo es que lo hagan a través de un representante legal: Tutor, quien deberá actuar conforme a las facultades establecidas en el Código Civil, y si pretende disponer bienes inmuebles, debe estar autorizado expresamente para dicho acto jurídico en concreto, por una autorización judicial, debidamente motivada y ciñéndose a las exigencias establecidas por orden público, en las normas jurídicas correspondientes.

La Representación, constituye una forma de cooperación que tiene una utilidad necesaria y práctica ineludiblemente por las siguientes razones:

**1)** Facilita la celebración de actos jurídicos en aquellos casos en que es imposible la actuación personal (lejanía, incapacidad, enfermedad, necesidad de actuar al mismo tiempo). Veamos, si un nacional se encuentra en un país extranjero, y por las circunstancias personales tiene la necesidad de



divorciarse, lo más idóneo es que lo haga a través de un representante, quien deberá actuar conforme a un poder otorgado.

**2)** Económicamente, no sería necesario e idóneo participar directamente en el acto, puesto que significaría pérdida de tiempo y dinero para el interesado.

**3)** Multiplica la actuación de una persona, permitiendo realizar varios actos jurídicos al mismo tiempo en el mismo lugar o en lugares distintos por más distantes que éstos se encuentren, multiplicando así las posibilidades de actuación de las personas.

**4)** Satisface imposibilidades jurídicas de ciertos actos, toda vez que existen actos jurídicos que no se pueden realizar sino mediante representante como es el caso de adultos incapaces y de los niños y adolescentes.

## **1.5.- LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN. (TEMÁTICAS)**

### **1.5.1. LINEAMIENTOS DE LA INVESTIGACIÓN.-**

Cabe destacar que las líneas temáticas de investigación, son:

- Análisis doctrinario de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia.
- Analiza las teorías sobre naturaleza jurídica de la Representación.
- Análisis del marco jurídico nacional de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia.
- Análisis del marco jurídico positivo internacional. Convenciones y Tratados Internacionales, respecto a la Representación en el ámbito del Derecho de Familia.
- La Representación en el ámbito del Derecho de Familia, análisis histórico. Legislación Nacional, Doctrina, y Jurisprudencia Nacional.

### 1.5.2.- LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN: TEMÁTICAS:

Constituyen líneas de investigación las que tengan en cuenta, de la perspectiva multidisciplinaria que se asumió metodológicamente, asimismo son líneas de investigación las señaladas en normas de la Universidad.

**Línea de Investigación Jurídica Positiva:** Tratados Internacionales, Constitucional, Derecho de Familia, Derecho del Niño y Adolescente, Derecho de Civil, Derecho Registral, y Notarial.

**Línea de Investigación Jurídica Jurisprudencial:** Referentes a la Jurisprudencia de las Salas Superiores de **Familia y Civiles** de los diversos distritos judiciales. Asimismo como los precedentes del Tribunal Registral.

**Línea de Investigación Jurídica Doctrinal:** por describir y analizar corrientes doctrinarias sobre la Representación en el Derecho de Familia.

**Línea de Investigación Histórica:** porque describe y analiza la figura de la representación del Derecho de Familia, desde una perspectiva histórica

**Línea de Investigación Prospectiva:** Porque proponemos un Proyecto de Reforma Legislativa de la Representación en el Derecho de Familia

### 1.6.- FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

Los motivos por los cuales, se debe dar protección jurídica a la Representación en el ámbito del Derecho de Familia, están fundadas en la Tutela del Niño y Adolescente, y la necesidad de regular situaciones en las cuales el legislador debe intervenir regulándolas, por Orden Público.

La evolución histórica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia se relaciona directa y significativamente con la protección del

Principio del Derecho Superior del Niño y Adolescente, y no de la autonomía de la voluntad.

El tipo de teoría que utiliza el legislador otorga tutela jurídica a quienes celebran actos mediante la representación en el ámbito del Derecho de Familia.

La tutela Constitucional de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica y Orden Público.

La protección en Tratados y Convenciones Internacionales de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia se relaciona directa y significativamente con el Derecho de los Niños.

Los fundamentos que establece la doctrina para que por medio de la representante en el ámbito del Derecho de Familia, se autorice celebrar actos jurídicos relacionados entre este y un tercero, se relaciona directa y significativamente con la ley y el poder jurisdiccional.

La regulación jurídica de la representación en el ámbito del Derecho de Familia, en el Pluralismo Jurídico Nacional, se relaciona directamente con los Principios de Seguridad Jurídica, Libertad e Igualdad.

## **1.7.- MARCO TEÓRICO**

El Estado Constitucional de Derecho, es una realidad palpable, en nuestros días, no es sólo necesario acudir al análisis de la Ley, toda vez que nos regula nuestras vidas también las normas consagradas en la Constitución, no como una exigencia a la exquisitez de un buen gusto, sino como necesidad de tutela de los Derechos Fundamentales, y de la pertinencia de la manera cómo se originó la norma legal (es decir una fuente legítima,

constitucional). Si bien, el Estado de Derecho, entre otros aportes, permitió establecer un Orden Jurídico, fundamentado a partir de la Constitución - cumbre y base de todo sistema jurídico moderno-, fue necesario el Estado Constitucional de Derecho, para asumir el Derecho como un todo orgánico, y no como sucedía, esto es fragmentos y compartimentos estancos. Por tanto, todo análisis partirá de la Constitución.

## **1.8.- DELIMITACIÓN DEL TEMA**

Analizaremos la Protección Jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia peruano, un tema circunscrito al **Derecho Personal, No Patrimonial**, y teniendo referencia a la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional.

## **1.9.- ASPECTOS GENERALES CONCEPTUALES SOBRE LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.-**

### **La Representación en el Derecho de Familia.**

La representación es la figura o institución jurídica que se expresa por medio de un acto jurídico, y permite alterar o modificar el ámbito personal o patrimonial de una persona, por la actuación de otra capaz, quien actúa a nombre de la primera, ésta se manifiesta a través del mandato o poder.

### **La Representación en el Derecho de Familia en el Código Civil de 1984.**

La Representación en el Derecho de Familia, es de los actos jurídicos que ha sufrido en el Código Civil de 1984, sustancial cambio. Su variación con respecto al Código Civil anterior es notoria, recogiendo el tratamiento legislativo, autorizada y actualizada doctrina. Hay académicos que escriben de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia (Arias Schreiber Pezet, Vidal Ramírez, Torres Vásquez), de una manera específica, lo cual no había ocurrido con los exegetas del derogado Código de 1936. En la evolución histórica, en un principio del Derecho Occidental aparece la Representación en el Derecho de Familia, concebido como una

forma de colaboración jurídica en la cual todo gira entorno al pater familia, las personas (que no siempre eran consideradas como tales), presta un servicio a otra, consistente en la ejecución de actos que afectan la esfera jurídica de esta última, de manera directa o indirecta. Esta definición, da una idea de las variaciones que ha sufrido la naturaleza jurídica de dicha institución. Es sólo una búsqueda de escasos elementos que han sido comunes a lo largo del tiempo. Amen, en Roma, no existió la representación como tal, sólo el contrato de mandato. La Representación nace con el Derecho Canónico, pero con muchas confusiones conceptuales, entreverado con el Mandato. Las codificaciones de los siglos XVIII y XIX, continuará con la confusión entre representación y mandato. El primero que se consagró la firme delimitación de estos conceptos fue la Legislación Alemana, seguida de la Suiza, esto entrado el siglo XX. Sin embargo en sede doctrinal, el panorama se venía aclarando en el desarrollo de interesantes polémicas, desde los aportes de Bartolo (1313-1357), Pothier (1699-1772), Savigny (1779-1861), y Laband (1838-1938), se vino perfilando la distinción conceptual, clara y precisa, entre representación y mandato, posteriormente la doctrina discriminará en el seno de la Representación, la especificidad de Representación en el ámbito del Derecho de Familia.

### **1.10- ¿POR QUÉ TUTELAR O DAR PROTECCIÓN JURÍDICA A LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA?**

Por cuanto si bien el principio general que estructura el Derecho Privado, es la autonomía de la voluntad, o autonomía privada, sin embargo en el ámbito del **Derecho de Familia**, trasciende la voluntad como fundamento, y en ese sentido la base sería la Libertad, su valor final en la Representación Voluntaria, no obstante en casos de imposibilidad del ejercicio de los actos por sus propios titulares de derechos, es algo necesario y que se fundan en lo dispuesto por el legislador, o el juez, sobre la base del Orden Público y Constitucional (que tutela la Familia, en la medida que se trata de un Derecho Fundamental) y la Tutela del Principio Superior del Niño y Adolescente, estamos pues ante la hipótesis de la Representación Legal o Judicial, sin perjuicio de la Representación Voluntaria existente.

## CAPÍTULO II

### ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.

#### 2.1.- DERECHO ROMANO.

Cabe destacar, que al tratar sobre las etapas históricas de las figuras jurídicas, esencialmente del Derecho Privado en el ámbito del Derecho Civil y Comercial, es ineludible, partir del Derecho Romano, en donde encontramos vigente el *denominado "exclusivismo en la actuación negocial"*, es decir, la exigencia básica, en que el mismo interesado es quien dispone de sus intereses o mejor, la dificultad de concebir y aceptar que alguien distinto de él pudiera disponer de lo suyo – *"Alteri stipulari nema potes, D. 45.1.38.17"* – por tanto constituye este detalle, el punto de partida histórica de la existencia del Mandato y la Representación, en términos generales, y esencialmente de la Representación Voluntaria. En tal virtud no es origen de la Representación Legal o Judicial, instituciones que tienen origen mucho más reciente, es decir, coinciden con la aparición del Estado Moderno.

Lo que más caracterizó al pueblo romano, fue su amor a la Libertad, valor que estuvo muy identificado en sus ciudadanos, reflejándose esto en el derecho romano, es así que el Principio de Libertad, finalmente será el fundamento del derecho privado romano, y con el devenir de los siglos un legado para el Derecho Occidental Moderno. Según Fritz Schulz:

**"El derecho privado romano es, en realidad un monumentum aere perennius de la tendencia romana hacia la libertad (...) Limite impuesto por el sistema del derecho privado, se puede hacer lo que se quiera. Aparte de los límites del derecho publico, los vínculos de la pietas, de la fides, de la humanitas, son también fuerzas de gran eficacia"**<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> SCHULZ, Fritz. "Principios del Derecho Romano". Madrid 2000. 2ª Edición, Revisada y corregida. Editorial Civitas. p. 180.

El jurisconsulto Cicerón muy célebre, refiere sobre la libertad: “O nomen dulce Libertatis o ius eximium nostrae civitatis” (Ciceron, in verrem, II 5,63,163)

El famoso y especialista Fritz Schulz, refiere al respecto, en las calendas a los ciudadanos romanos lo siguiente:

**“ (...) con tenaz perseverancia. El amor por la libertad les parece una característica nacional”<sup>2</sup>**

Al inicio y final de la historia del derecho romano antiguo se presenta dos monumentos legislativos. Pues, se da por inicio la historia del derecho romano, en los años 451- 450 a.C. en el que fue promulgada la *Lex XII Tabularum*; y el final tuvo lugar entre aproximadamente los años 529 y 534 d.C, en el que se promulgó el denominado como *Corpus Iuris Civilis*, elaborado en Constantinopla, capital del imperio de Oriente, documento legislativo que fue completado hasta la muerte de su autor político, el emperador Justiniano el año 565 d.C. Dividiéndose en tres épocas la historia del derecho romano a saber:

## **2.2.- ETAPAS DEL DERECHO ROMANO.**

### **2.2.1.- ÉPOCA ARCAICA.**

Básicamente comienza en los años 451-450 a.C, hasta fines del siglo II a.C, dando paso a una reforma legal, con nuevo proceso, propuesta por la promulgación aproximadamente en el año 130 a.C., de “la *Lex Aebutia*” (propriadamente un plebiscitum), que por primera vez dio paso al *agere per formulas* en un cierto ámbito, que serviría de modelo para ampliar el uso de ese modelo. El Derecho Arcaico se caracterizó por las necesidades de una comunidad fundada en la familia, en donde el pater se constituía como la autoridad suprema. El restringido dinamismo del tráfico jurídico hizo realmente innecesario un desarrollo significativo del derecho patrimonial. Formalismo externo, incluido de ritualismo, y cierta indiferencia a

---

<sup>2</sup> SCHULZ, Fritz. “Principios del Derecho Romano”. Madrid 2000. 2ª Edición, Revisada y corregida. Editorial Civitas. p. 165.

los conceptos y actos jurídicos, constituyen, características de la época. Como los juristas de esta época tenemos a Marco Porcio Catón padre (234-149 a.C), e hijo (192-152 a.C), Murcio Escevola (cónsul en el año 133 a.C), se conocen muy escasos escritos jurídicos, en esta época.

### **2.2.2.- ÉPOCA CLÁSICA.**

Comienza en el año 130 a.C, y termina en el primer tercio del Siglo III d.C. Se caracteriza por la existencia de estamentos profesionales y tecnificados de estudiosos del derecho, fueron creadores del derecho. En el año 224 murió uno de los más destacados, Ulpiano, y le sobrevivió unos años más uno de sus discípulos Modestino. Con Ulpiano, desapareció el estamento profesional, y llegó a su fin la época clásica de derecho romano .

Tiene etimología desconocida el adjetivo “*classicus*”, *pero* deriva de *classis*, su sentido original es “llamada”. Como término técnico se usaba *classis* para designar el llamamiento de los ciudadanos a las armas. Con el tiempo, *classici* adquiere el significado de “óptimo, selecto, ejemplar” (Gell. 19.8.15 *scriptores classici*). Esta época clásica, cuenta con tres periodos.

#### **2.2.2.1.- PERIODO CLÁSICO INICIAL.**

Es hasta la llegada de Augusto, el año 31 a.C. A lo largo de este periodo se crea la mayor parte de la terminología técnica del derecho privado, se Aparece la lógica, llamada dialéctica, en el estudio casuístico del derecho. Como Juristas importantes de este periodo, tenemos a: Quinto Mucio Escévola *Augur*, cónsul en el año 117 a.C, Quinto Mucio Escévola *Pont. Max.*, cónsul en el año 95 a.C, muerto en el año 82, C. Aquilio Gallo como pretor en el año 66 a.C, y Servio Sulpicio Rufo, cónsul en el año 51 a.C.

#### **2.2.2.2.- PERIODO CLÁSICO ALTO.**

Es precisamente, hasta el gobierno de Adriano, Emperador entre los años 117-138 d.C. Representa el “**siglo de oro**” de la Jurisprudencia Romana, comparable con el “siglo de oro” de la filosofía griega. Representan esta época los juristas más geniales de Roma, como Marco Antistio Labeon, a



comienzo de este periodo, y al final de este periodo Juvencio Celso filius, y Salvio Juliano. Caracteriza este periodo, la codificación del edicto pretorio como *edictum perpetuum*, que determinó su caducidad en cuanto fuente creadora de derecho nuevo, la transformación del *consilium* imperial al estilo republicano en un organismo burocrático como chancillería, con personal permanente, jerarquizado y remunerado, de donde se expedirá la nueva legislación imperial, y además otros aspectos como el uso de las *orationes principis*, que sustituirán a los viejos *senatusconsulta*.

### **2.2.2.3.- PERIODO CLÁSICO TARDÍO.**

Se da hasta la muerte de Ulpiano en el año 224 d.C. constituye un periodo otoñal, en el cual tiene presencia figuras intelectuales como los juristas Pomponio, Papiano, Paulo, Gayo (fue desconocido para sus contemporáneos, que nunca lo citaron, pero alcanzó gran fama en la época postclásica, y autoridad ante Justiniano), y Ulpiano, con menor inclinación para la creación. Cuya característica fue que se adscribieron a la burocracia imperial, y como consecuencia tienen un interés por el derecho público. Se presencia un gusto a la colección de opiniones, la fijación de problemas y controversias, en las que la jurisprudencia del periodo anterior no se había pronunciado uniforme, y estos con inclinación a soluciones eclécticas, y exposición completa del sistema del derecho civil y pretorio mediante comentarios que extendían a todo el sistema, signo de madurez pero por también de limite, por otro lado.

### **2.2.3.- ÉPOCA POSTCLÁSICO.**

Abarca todo el tiempo posterior a la muerte de Ulpiano, 224 d.C, hasta la de Justiniano, 565n d.C, dentro de esta, están tres periodos diferenciados:

#### **2.2.3.1.- PERIODO DIOCLECIANO.**

Hasta la aparición de Constantino en el año 306 d.C, dominado por la figura de Diocleciano, emperador 284-305 d.C.

### **2.2.3.2.- PERIODO CONSTANTINIANO.**

Hasta la aparición de Justiniano en el año 527 d.C, dominado por la figura de Constantino (emperador 307-337 d.C). En el año 425 d.C., funda una Escuela de derecho en Constantinopla, que gracias a su biblioteca conservará la cultura de la época clásica hasta la de Justiniano.

**2.2.3.3.- PERIODO JUSTINIANO**, abarca por el gobierno de Justiniano, emperador entre los años 527-565 d.C. Fue un periodo de reforma del derecho, a través de la legislación, de la que es expresión el *Codex Iustinianus*, 529d.C, entre otros, que son en su conjunto el *Corpus Iuris Civilis*, como último momento del antiguo derecho romano .

## **2.3.- LA REPRESENTACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO ROMANO.**

Es indudable que la familia es la base de toda sociedad y la génesis de nuestras relaciones con los demás seres que nos rodean. Los grupos familiares varían según la época y la sociedad en que nos encontremos, así como existieron familias primordialmente matriarcales, sin embargo la romana se caracterizó por ser patriarcal por excelencia. Para comprender la organización de la familia romana y cuáles fueron sus repercusiones jurídicas, se hace referencia a los roles ocupados por los miembros de ésta que se mantenían unidos entre sí y también con relación a otros miembros que no pertenecían en forma directa a ella sino que su pertenencia era el resultado de otros vínculos como era el caso de los esclavos y clientes.

Así la base de la sociedad romana tuvo en su origen el poder jurídico de su gobierno y en las tres virtudes familiares de las que hablaba Cicerón: 1) La Gravitas: que es el conocimiento de la responsabilidad; 2) La pietas: la sujeción a los derechos humanos y divinos; 3) La Simplicitas: el sentido de la exacta valoración de las cosas.

La familia era un mundo autónomo y espiritualmente completo, por ello pudo sobrevivir a las decadencias morales de los periodos de mayor bienestar, en los cuales la emancipación de la mujer pareció amenazar las mismas bases de

la institución más sólida de Roma. El ciudadano romano que contaba con los tres status tenía tres nombres, privilegio al que le daban gran valor, siendo: 1) El Praenomen: era impuesto por los padres al niño dentro del noveno día del nacimiento, las mujeres no lo tenían, por lo tanto si era varón gozaba de dicho status. 2) El nomen: era el nombre gentilicio, indicando por lo tanto, la pertenencia a la gens, lo tenían todos aquellos sujetos que descendían del mismo antepasado. 3) El cognomen: era un sobrenombre añadido después el nombre gentilicio. Pues bien, las mujeres no poseían el praenomen, llevan el nombre de la gens, a menudo acompañado de algún diminutivo.

Como consecuencia de la falta de solidez de la organización estatal de los primeros tiempos de Roma, la familia se convirtió en un organismo de importancia dentro de la civitas, la confederación de familias constituía una casa (en sentido amplio) o gens, compuesto por miembros que tenían orígenes comunes. La Gens (Familia *Communi Iure Dicta*) se organizó bajo la potestad de un jefe, llamado paterfamilias, con poderes absolutos en el orden político, jurídico, social y religioso. Si nos referimos a la familia *propio iure*, hubo un sometimiento de los individuos que la componían bajo una sola autoridad, a través de la manus en el caso de las mujeres o de la potestas en el caso de los restantes miembros.

La familia se fundó en una autoridad, la del Paterfamilias, lo que significó la situación de poder en que se encontraba el individuo que reunía los tres status, o sea, hombre libre ciudadano romano y jefe de familia. La denominación pater familias indicaba la ausencia de sujeción jurídica –*sui iuris*– del hombre que se encontraba en esa situación. A los miembros de la familia que se encontraban bajo la potestad del pater se los denominaba *alieni iuris*, entre ellos estaban los *filii familiae*, los *liberi* (descendientes libres) concebidos dentro de las *iustae nuptiae*, y la mujer o *uxor*. Cabe la aclaración que la denominación de pater, no equivalía la actual de padre, que se refería al miembro varón más antiguo que estuviera vivo (familia *propio iure dicta*); o el antepasado más remoto para el supuesto de que éste viviera (familia *communi iure dicta*).

Ulpiano nos dice que la familia *Communi iure* se denomina: “al conjunto de muchas personas que, por naturaleza o de derecho, están sujetas a la potestad de uno solo”. No es necesario que el jefe de familia se encuentre con vida, una de las diferencias fundamentales con la familia de derecho comunitario o *communi iure*.

Luego en una etapa posterior encontramos la primacía de los vínculos de sangre, o lazos directos, estableciéndose las relaciones entre los miembros de la familia, pero ya haciendo referencia a grupos menores así se reforzaban los lazos establecidos por los vínculos de sangre.

La familia no era una constitución de personas vinculadas por una antepasado común si nos referimos a la familia *communi iure*; o por los lazos de sangre si nos referimos a la familia *proprio iure*. Por lo tanto independientemente de la etapa histórica en la que nos encontremos hallamos el fundamento de la unión de sus miembros en la religión doméstica, ya que los actos que éstos realicen son privativos de ese grupo y no podían ser invadidos por la mirada ajena. Cada familia tenía sus dioses traducidos en los antepasados ya que el concepto trascendía a la muerte y no se perdía memoria de quienes ya no estaban en el mundo de los vivos, los rituales y oraciones nacían en el seno de cada grupo y se pueden decir que los mismos eran secretos. Cabe recordar que era común entre los pueblos de la antigüedad la creencia de que la vida continuaba después de la muerte.

El *Pater Familiae*, como *sui iuris*, tenía a todas las personas libres bajo su potestas. La familia o *Domus* fue originariamente un grupo de personas sobre las cuales el *pater familias* ejercía su potestad y estaba compuesta por el *pater*, y las personas sometidas bajo su poder. El poder del *pater* significaba el dictado de sentencias por las que podía condenar a los miembros de la familia a penas como la exclusión de la *domus*, la flagelación, la prisión y hasta la muerte. La familia estaba compuesta por un elemento que la caracterizaba y era el patrimonio familiar común que se transmitía a través de las generaciones, pero el titular solo era el *pater* y cuidaba de la buena administración de los bienes.

### 2.3.1.- FIGURAS DE REPRESENTACIÓN FAMILIAR.

En Roma, no existió la representación familiar como tal. Lo que si se dio fue la figura del procurador o encargado de la administración de los bienes de una familia, se identifica con un liberto y se encuadraba en la *praepositio*, por cuanto el posible mandante encargaba a un liberto la administración de sus bienes.

En el bajo imperio, todas las familias importantes tenían un procurator. Con el transcurso del tiempo, al ser desempeñado por personas no sujetas al *paterfamilias* y de una posición social superior a la de los libertos, la posición de procurator se fue asimilando a la de mandatario, hasta constituir procuración y mandato una única institución, que tenía su aplicación preponderante en el ámbito procesal.

En general en el Derecho Romano, el mandato fue la figura preponderante, y se entendió como un contrato consensual (*Digesta Iustiniani* 17.1.1. pr.), que se perfeccionaba por el consentimiento de las partes, pudiendo las partes, por lo tanto, expresar su consentimiento de cualquier manera (*Digesta Iustiniani* 17.1.1. 1.), sin estar sujeto a una forma determinada; era pues imperfectamente bilateral y gratuito, en la medida que se considera un deber moral (*officium*), basado en relaciones de amistad.

El mandato usualmente se iniciaba unilateralmente, el mandante remitía un encargo a quien sería su mandatario (*Digesta Iustiniani* 17.1.1. 2.) (por carta, por ejemplo, o por medio de un *nuntius*), y la aceptación de éste se manifestaba con el cumplimiento del encargo o con el inicio de las gestiones conducentes a cumplirlo, como en modo tácito, aunque no haya una manifestación expresa de voluntad. También se formaba el mandato si alguien asumía la gestión del negocio de otro con pleno conocimiento de éste y sin protesta suya en contrario (*Digesta Iustiniani* 17.1.53; 17.1.6.2.). Una especie de afianzamiento de alguien a otro en su presencia y éste no lo rechazará (*praesente et non recusante*).

## 2.3.2. FIGURAS DE LA REPRESENTACIÓN FAMILIAR.

### 2.3.1.1.- EL CONCEBIDO.

Si bien en Roma no se conoció la figura de la Representación civil en general, y en un principio hubo resistencia para acoger la tutela al concebido, sin embargo esto cambió con el transcurso del tiempo. De esta manera se admitió figuras de representación familiar y se acogió al concebido como digno de tutela jurídica. En las siguientes líneas veremos dicha evolución.

En un principio los juristas romanos, fieles a su estilo práctico y realista, consideraron la existencia de la persona centrada en el hecho biológico, concreto e incontestable del nacimiento. En ese sentido el nacer implicaba el inicio de la vida en modo práctico y jurídico. No obstante, la creatividad constante de los juristas, particularmente los clásicos, hace variar dicha premisa mediante reconocimiento de derechos al **nasciturus** con la finalidad de paliar situaciones jurídicas que producen soluciones inequitativas. Podríamos ver casos de la situación hereditaria del hijo póstumo, cuestiones alimentarias; con lo que lentamente se comienza a considerar, con notable acierto, que la vida se inicia a partir de la concepción, y luego mediante el nacimiento se ratifica el proceso de la gestación que se ha iniciado en el seno materno mediante la contemplación jurídica de casos cotidianos destinados a procurar soluciones equitativas se comienza a dar paso la idea de considerar la existencia de la persona desde el momento de la concepción en el seno materno. La vida se genera desde la gestación y por ende la protección del concebido (**nasciturus**) es necesaria y justa.

La jurisprudencia clásica fiel a su estilo no elabora al respecto una “teoría general de la persona”, sino que mediante la solución de casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene su inicio en la concepción y no en el nacimiento. A la luz de la evolución que efectúa el Derecho en Roma comienza a surgir mayormente la tendencia de

excepcionar el principio de considerar la importancia del nacimiento como punto de partida de la persona. Esta evolución es de tal identidad, cantidad, calidad, variedad, y matices, que permite aseverar que la jurisprudencia romana haciendo gala de una actitud altamente creativa y para nada dogmática, va en procura de la defensa y equiparación concebido, mediante la implementación de su protección jurídica. De este modo tenemos:

A) La consideración y cobertura brindada al póstumo a través de la designación de tutores para después del nacimiento, lo que implica claramente reconocerlo como persona (Gayo, Inst. 2.13 / Ulpiano, Reglas, 22.15 / Inst. 2.16.4 / Inst. 2.132 / Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4).

B) Diferir la aplicación de la pena capital impuesta a la madre para después que el concebido hubiera nacido (Inst. Gayo 2.183 / Ulpiano, Reglas 22.15 / Inst. 1.13.4 / Inst. 1.14.5 / Inst. 2.13.2 / Inst. 2.16.4, Inst. 3.1.2 / Inst. 3.4 / Inst. D.26.2.1.1 / D.26.2.1.5 / D.26.2.6 / D.26.2.19.2 / D.50.17.187.).

C) La percepción de alimentos por propio derecho del concebido con prescindencia de la madre (D.1.5.18/D.48.19.3).

D) Designar curador al **nasciturus** para protegerlo y administrar sus bienes considerándolo incluso como incapaz de hecho (D.25.6.1.7/ D.37.9.1.3/ D.379.1.5/ D.37.9.5.pr / D.37.10.5.3).

E) Se considera que el curador debe pagar las deudas contraídas en ocasión de la curatela implicando extender la responsabilidad de “la persona por nacer” ante las deudas (D.26.5.2.pr / D.26.10.3.3 / D.26.10.3.11 / D.27.1.45.2 / D.37.9.1.22 / D.50.16.161).

F) También respecto de la posesión se permite en ciertos casos al concebido ejercerla a través del curador, o incluso de la madre (D.27.4.1.2. / D.37.9.5.1).

G) Se encuentran pasajes del Digesto que aluden al concebido en igual consideración al que “ya ha nacido” (D.6.5.1.pr / D.26.6.1.1 / D.37.9).

H) Toman en cuenta la concepción como determinante del estado familiar del concebido desplazando el nacimiento (D.1.5.7 / D.1.5.26 / D.50.16.153).

I) Finalmente se considera al concebido sujeto a la condición que nazca con vida (carácter resolutorio) en contraposición al efecto que le otorga tener en cuenta el nacimiento como punto de inicio (condición suspensiva) (Inst. 1.13.9 / D.1.7.15).

### **2.3.1.2.- LA PATRIA POTESTAD.**

El conjunto de poderes que el pater familias ejercía sobre las personas libres que constituían la comunidad familiar, se denominaba patria potestas. La patria potestas era privativa de los hombres, pero en casos excepcionales se admitió que las mujeres que fueran sui iuris pudieran ejercerlas pero por una constitución de Diocleciano, pudieron adoptar a los hijos perdidos.

La palabra manus había manifestado la existencia de un poder sobre el conjunto de la familia, hasta que con el paso del tiempo fue privativo solo de la potestad ejercida sobre la mujer casada uxor. Tenía la domus potestas sobre los esclavos y; el mancipium o cuasi servidumbre de personas libres vendidas al pater.

La patria potestas implicaba derecho de vida y muerte; ius exponendi o derecho de exposición; ius vendendi; ius noxae dandi o entregarlos in noxa; derecho a oponerse a que los filii contraigan matrimonio, negando su consentimiento; en relación a lo anterior podía elegir esposo para la hija. Todo lo adquirido por los liberi pasaba al patrimonio del pater. La madre en su condición de viuda pasaba bajo la potestad del hijo mayor.

Desde tiempos de la República se estableció la idea de que, la potestad del pater no podía escapar de la intervención estatal, es por ello que con una restricción se sometió a la consideración de los censores la forma en que el pater hacía uso de sus poderes, así de a poco se fue destruyendo el absolutismo de que gozaba éste, cambiándose la fisonomía de la familia romana. Ésta atenuación de los poderes significó poner límites a la potestad de vida y muerte, a partir de entonces tal aspecto quedaba también a consideración de una junta consultiva de parientes. Con Justiniano y la Influencia del Cristianismo, la patria potestad quedó limitada a ser un poder disciplinario y de corrección.

### **2.3.1.3.- LA TUTELA.**

No todos eran capaces de ejercer por sí mismos sus derechos, en ésta situación se encontraban los sui iuris impúberes, que eran los que no habían



cumplido los catorce años; y las mujeres sui iuris de cualquier edad. En razón de su incapacidad de obrar, estaban sometidos al poder de un tutor, pero la tutela por razón del sexo perdió ya en el período clásico su antiguo rigor.

Tutor, palabra que proviene de la voz latina *tueri*, que significa proteger, tenía sobre los impúberes y las mujeres un poder de protección similar, en cierto modo al reconocido al paterfamilias, atenuado por su finalidad tuitiva y de salvaguarda de los intereses patrimoniales respecto del incapaz o pupilo.

La tutela correspondía a supuestos en que había una causa general y permanente de incapacidad, como la edad y el sexo, ya que a la *uxor in manu* se le daba la *optio tutoris*, que podía ser amplia (elegir tutor las veces que quisiera) o limitada (elegía tutor una o dos veces según le estuviera permitido, así si elegía tutor una vez, ya no podía volver a hacerlo).

La función del tutor era meramente civil; y también viril, por lo cual estaba vedada a las mujeres. Solo en la época cristiana, la legislación admitió que las mujeres, especialmente las que eran madres fueran tutoras.

Las funciones del tutor, debido a que la mujer tenía una incapacidad relativa de obrar, se reducían a la interposición de la *auctoritas* para dar validez a determinados negocios jurídicos de trascendencia patrimonial, como enajenarla *res Mancipi*, manumitir esclavos, obligarse, hacer *acceptilatio* de sus créditos, designar herederos por testamento y constituir dote.

El ocaso de ésta figura de tutela comienza al imponerse la costumbre de que, tanto el padre como eventualmente el marido *cum manu*, al nombrar tutor por testamento dejarán a las mujeres el derecho de designar ellas mismas el que quisieran. En la república tardía se ideó otro medio evitar la tutela, cuando la pupila no está autorizada por testamento para elegir tutor; la mujer se sometía mediante la *coemptio* a una persona de su confianza, quien la manumitía inmediatamente pasando a ser su patrono, con lo cual se convertía en tutor legítimo, con la denominación de tutor *fiduciarus*.

En 1964 un ágil libro de HERRMANN<sup>3</sup> ha reflejado un cuadro de la condición jurídica y política de la mujer en la etapa republicana, ofreciendo el material desde la edad monárquica al principado, de lo que resulta una determinada participación de la mujer en la vida de la colectividad en ocasión de disposiciones destinadas a premiar, consentir, corregir, prohibir o reprimir algunos comportamientos femeninos.

En la evolución de la comunidad romana existirá un momento en el que la mujer aparece como una sola dueña de la casa, puede heredar al padre y al marido, está protegida contra un repudio injustificado, siendo garantizadas las decisiones familiares y conyugales gracias al tribunal doméstico. En suma, adquiriendo la mujer mayor peso social y económico, obteniendo igualdad dentro del derecho civil.

La obra de HERRMANN confirma la idea que la mujer romana gozase, por haberla conquistado, una propia libertad de hecho derivado de su sexo. Su sexo era considerado inferior por influencia de una mentalidad campesina. Así se ha sostenido que en ciertas zonas de Italia se entiende que es más importante la carne de cerdo que la mujer. ARISTOTELES sostenía el menor valor de la mujer frente al valor del buey.

Esta condición femenina incide obviamente sobre la sexualidad. En una reciente obra de un joven romanista, RIZZELI<sup>4</sup>, privilegia el tratamiento jurídico respecto del comportamiento sexual desde la caída de la monarquía hasta San Agustín. A partir de los años 60 y hasta la actualidad se ha observado un fuerte movimiento destinado a analizar el papel de la mujer a través de la historia. Lo que se busca es estudiar la experiencia jurídica, lo que se hace posible por medio del derecho romano, y más concretamente en virtud de las valoraciones de autores como SCHULZ y WINDSCHEID. Estos dos autores toman en cuenta el estricto valor jurídico de sus apreciaciones, desconociéndose otros aspectos tales como los religiosos, sociales y económicos.

---

<sup>3</sup> HERRMANN: "Las reglas judiciales y políticas de las mujeres durante la república romana". Bruselas, 1964

<sup>4</sup> RIZZELI: "La mujer en la experiencia jurídica de la Roma antigua. El control del comportamiento sexual". Lecce, 2000

Para MACKINNON<sup>5</sup>, las mujeres nunca han tenido ni voz ni parte en la formación de las instituciones jurídicas que regulan el orden social en el cual las mujeres como los hombres, se encuentran y deben vivir. El derecho es un producto social que las mujeres no han contribuido a formar.

Sin embargo, dice CRIFO, hay que tener en cuenta que el derecho: *hominum causa constitutum est*, sin distinción de sexo. Además se nota en Roma cierto grado de evolución en cuanto se refiere a la condición de la mujer en sus aspectos religiosos, políticos, culturales y jurídicos ( Nov. 8 – 535 dC ) Estos datos se reflejan en la doctrina estoica. Así las enseñanzas de MUSONIO RUFO, para él el matrimonio no es un contrato. La mujer no es una cosa sino que se la considera como hombre. BONFANTE<sup>6</sup> hace notar que la mujer sobresale en la vida privada y en la misma vida pública de Roma como una figura noble, severa, imponente. Es pariente y esposa en el verdadero sentido de la palabra, y como tal reclama la parte de sus bienes lo mismo que de las penas en la vida del marido. La mujer llega a asumir el rol de patrona de prefecturas, de colegios, o de la ciudad. Edifica o reedifica templos , pórticos, teatros y, a veces, asume magistraturas municipales. En este sentido BONFANTE distingue entre condición social y condición jurídica de la mujer. La mujer es súbdito del *pater* pero no está sujeta al marido. No así los filii que están sujetos a la autoridad del pater , aun cuando estén revestidos de algún poder dentro del Estado en su calidad de funcionarios, tales como senador, pretor, tribuno o cónsul . Por lo tanto es erróneo sostener que en Roma la mujer fuese *maitresse par les mœurs, esclave par les lois*<sup>7</sup>

Se hace necesario distinguir los varios roles sociales de la mujer: madre, mujer, hija, viuda o también sacerdotisa pagana o diaconisa cristiana y las consiguientes valoraciones normativas que van mutando a través del tiempo el nuevo régimen jurídico presentando excepciones a la regla.

---

<sup>5</sup> MACKINNON. "Reflexiones de la equidad sexual bajo la ley".

<sup>6</sup> BONFANTE. "Diritto di Famiglia". Dott A. Giuffré , Milano, 1963

<sup>7</sup> POUBELLE. "Discurso sobre la condición privada de la mujer en el antiguo y en el moderno derecho". P. 24. Toulouse, 1868

Estas normas disciplinan el nuevo régimen jurídico , tales como el SC *Valleiano*, la *optio tutoris*, la *tutela fiduciaria*, las *leyes matrimoniales de Augusto*, la *lex Claudia* que abolió la *tutela agnaticia*, el *ius liberorum*, el SC *Tertuliano*, *adrogación por parte de la madre y la tutela materna*.

Esta transformación se debe a la crisis de los tradicionales principios : el patriarcal y el agnaticio. *Ius naturale, homines homines aequales sunt* ( D. 50, 17, 32 )

El cambio también significa la aparición de una disciplina propia de la sociedad conyugal. Así se dispone la nulidad de la venta de los bienes dotales o los provenientes de las donaciones *propter nuptias*, no obstante el eventual consenso de la mujer. O cuando la mujer puede exigir la dote durante el matrimonio si el marido se torna insolvente; o que el marido pobre no obtenga nada de su mujer fallecida.

En la época imperial la legislación apunta a favor de la mujer , comparable al régimen de privilegio de los menores o de los militares.<sup>8</sup>

En general no puede considerarse machista la invención del derecho y sus reglas. Así es probable que la creación del usufructo haya sido en favor de la viuda *sine manus*. Así la *lex voconia* que prohibía instituir heredero a una mujer en el testamento de un ciudadano aun cuando el testador fuese el padre y perteneciese a la primera clase del censo. Esta negativa era producto del conflicto entre las exigencias sagradas de una familia agnaticia y las de la familia cognaticia. Otro de los interrogantes, para los juristas, era si la mujer podía desempeñar la actividad de banquero. Aquí se cita a GARCIA GARRIDO<sup>9</sup>: “La mujer ha ocupado cargos en la industria y en el comercio. En este sentido hay que aclarar que la primera denominación de banquero es *argentariae* que proviene de *argentum*, como plata, metal precioso y lo que se relaciona con dinero. La mujer podía proponer *institores* (empleados) para una *mensae argentariae* (mesa de dinero) o bien ser propietaria de esclavos que

<sup>8</sup> BIONDI: “Il diritto romano cristiano”. Milán, 1952

<sup>9</sup> GARCIA GARRIDO: “El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano”.

actuaban como *argentarii*<sup>10</sup> Sin embargo debe tenerse en cuenta que la mujer desde un punto de vista social y jurídico tiene un perfil más bajo que el hombre teniéndose en cuenta que la actuación de la mujer no gravita en actos relacionados con el comportamiento público.<sup>11</sup>

Otro tema relacionado con la condición jurídica femenina es el relativo a la actuación de la mujer tutora. Aquí se prueba su reconocimiento como madre.<sup>12</sup>

#### **2.3.1.4.- LA CURATELA.**

No existió en Roma declaración judicial de demencia. Quienes caían en tal estado eran incapaces de administrar y/o disponer sobre su patrimonio. En la ley de las XII Tablas solo existe una clase de tutela: la legítima, designándose curador a los agnados y, en su defecto, a los gentiles.

*LXIITbs. V, 7a : Si alguien está loco, los agnados y los gentiles tendrán la potestad sobre él y sobre sus bienes.*

Si los agnados no estaban en condiciones de asumir la curatela, era el magistrado el que lo designaba Si el curador era designado en el testamento, debía ser confirmado por el magistrado ( D 27, 10, 16).

En épocas de Justiniano se distingue entre los furiosi y los mentecapti. Los furiosi eran locos que tenían intervalos lúcidos. En tanto, los mentecapti eran disminuídos mentales que no tenían intervalos lúcidos. Ello dio lugar a una situación bastante extraña ya que resultaba de difícil probanza el constatar cuales actos eran validos y cuales no, según si habían sido realizados o no en intervalos lúcidos.

La ley de las Doce Tablas (V, 7 c) prohíbe al pródigo la administración de sus bienes, debiendo estar este incapaz bajo curatela de los agnados. De las

<sup>10</sup> PETRUCCI: " Mensam exercere. Studi sull impresa finanziaria romana". Nápoles, 1992

<sup>11</sup> GARDNER: "Women in bussiness some evidence from Puteoli (ciudad de Campania) in family networks and the public sphere in roman society" . p. 11. Roma, 1999

<sup>12</sup> CRIFO: "La donna tutrice. Resención de O.Diliberto".

fuentes romanas se infiere que a diferencia de lo que sucedía con los furiosi, el magistrado era quien declaraba la incapacidad del pródigo.

Pródigo, según ULPIANO, es quien no es capaz de llevar cuenta y límites de sus gastos, sino que se arruina dilapidando y malgastando sus bienes (D 27, 10, 1, pr).

En un principio, la interdicción solo era aplicable a los herederos ab intestato. No así a los testamentarios, ya que se consideraba que el testador los había instituido teniendo en cuenta su capacidad. Luego, en épocas del derecho pretoriano, el magistrado podía designar curador al pródigo, aún si fuese heredero testamentario, siempre que no tuviese agnados ni gentiles.

Los furiosos y los pródigos, aunque sean mayores de veinticinco años, se hallan por la ley de las XII Tablas bajo la curatela de sus agnados. Pero en Roma, el prefecto de la ciudad o el pretor, y en las provincias los presidentes, suelen nombrarles curadores, previa investigación.

El pródigo podía realizar por sí mismo todos aquellos actos que beneficiasen su patrimonio, tales como aceptar una herencia, un legado o una donación. Pero debía recurrir al curador cuando algún negocio pudiese perjudicarlo, tal como contraer una obligación. Podía contraer matrimonio pero no podía testar.

En un principio, el varón adquiría plena capacidad jurídica a la edad de catorce años. Pero su falta de madurez para los negocios hizo que se dictase la *lex Plætoria* (o *Lætoria*) que data del siglo II aC, que protege a los púberes menores de 25 años. La *actio lex Plætoria* se ejerce contra los que se habían aprovechado de la inexperiencia de estos menores, siendo una acción penal pública y que trae como consecuencia la nota de infamia sobre el condenado.

En el procedimiento formulario, el Pretor va a conceder la *exceptio lex Plætoria*, que permite evitar la sentencia condenatoria contra el menor. Dentro de este mismo período también surge otro remedio, que consistía en restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de realizado el negocio (*in integrum*

restitutio) lo que significaba la invalidez del negocio. Con estas medidas (actio lex Plætoria, exceptio lex Plætoria y in integrum restitutio) se benefició a los menores pero también se los perjudicaba, pues nadie quería contratar con ellos, lo que causaba la inmovilidad de sus patrimonios. Por ello, en tiempos del emperador Marco Aurelio, los menores de 25 años podían presentarse ante el Pretor a fin de petitionar un curador para un negocio en particular. Así esta curatela que nace como voluntaria y particular, aparece en la época de Justiniano como obligatoria y permanente.

*Los varones púberes y las hembras núbiles reciben curadores hasta el vigésimo quinto año cumplido , porque, aunque sean púberes, son todavía, sin embargo, de una edad que no pueden mirar por sus intereses (Insts.I, 23, pr) .*

*Los adolescentes no reciben curadores contra su voluntad , salvo para pleito, pues el curador también puede ser dado para un negocio determinado (Insts.I, 23, 2).*

A diferencia del tutor, el curator minorum no administra el patrimonio sino que solo realiza gestiones encargadas por el menor o que emite opinión ante un consejo que se le solicita. Por eso es que entre el menor y el curador solo existen la actio negotiorum gestorum o la actio mandati.

En tiempos de Constantino se abre la posibilidad de una mayor capacidad para los varones de 20 años o las mujeres de 18 años, mediante la venia ætatis, la que debía ser solicitada al emperador en virtud de la cual se otorga la posibilidad de que estos menores puedan válidamente realizar todos los actos o negocios jurídicos. Salvo algunos como las donaciones o las enajenaciones de inmuebles ( C, 2, 44, 1- 4 ).

### **2.3.1.5.- POSICIÓN DEL AUTOR RESPECTO A LA REPRESENTACIÓN EN ROMA.**

En roma no se conoció la representación, el poder, como tal, era algo

inconcebible. En efecto, para los jurisconsultos romanos, era imposible que un acto jurídico pudiera crear derechos y obligaciones para otras personas que aquellas que habían participado en él. Inclusive el rechazo a la idea del poder, se expresará en principios jurídicos, como los siguientes: 'pero extraneam personam nihil adquiri potest' (CAYO, parrafo 95) y, 'per liberam personam nobis adquiri nihil potest' (por persona libre nadie puede adquirir derecho); asimismo aparece en escritos de JUSTINIANO: "si quin alli quan cujus juri subjectus sit stipuleter hijil agit" (Institutas 3.19.4). No sólo se negaba el poder voluntario, sino también se negaba el legal. Nos refiere Ruy DE LA RIVA ROSSI:

**"Así, el tutor, cuando intervenía, tenía que obligarse él directamente, aunque el acto fuese en interés del menor, salvo que sólo lo hiciera con su 'interpositio autoritatis' (consintiendo el acto celebrado por su pupilo, mayor de 7 años)"<sup>13</sup>.**

El mismo DE LA RIVA ROSSI, explica que el régimen existente era que los '*alieni juris*', sometidos a la patria potestad, no obligaban con sus estipulaciones al '*pater familias*', quien sólo por sí mismo era capaz de obligarse, por el contrario, los derechos que adquirirían eran para el '*pater familias*' porque se consideraba la familia como una sola persona jurídica siendo los sometidos a la patria potestad, sus órganos para adquirir derechos.

Dos juristas, uno peruano y el otro español, mencionan razones por las cuales, el derecho romano no asimiló la figura del poder. El jurista español Federico PUIG PENA<sup>14</sup>, señala las causas por las cuales la figura del poder era negado en el derecho romano:

**"La peculiar idea que los romanos tenían de la dignidad personal que les hacia repugnar, como dice ARIAS RAMOS, toda sustitución de personas; el concepto de la obligación contractual como vínculo entre personas determinadas; el formalismo primitivo de los modos de obligarse, incompatible con la representación; el uso frecuente del "nuntius" y la peculiar organización familiar romana, ya que el "pater familias" se servía de hijos, esclavos y personas en 'mancipatio', como medios auxiliares de su actividad jurídica".**

---

<sup>13</sup> DE LA RIVA ROSSI, Ruy. "La Representación". Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1964. p.. 15.

<sup>14</sup> PUIG PENA, Federico. "Compendio de Derecho Civil Español", Torno I (Parte General), Ediciones Nauta, Barcelona 1966. p. 715.



Cabría agregar a dichas razones, la excesiva rigurosidad, y el formalismo que daban los romanos al derecho. Por otro lado, el jurista peruano José ITURRIAGA ROMERO, sostiene que el derecho romano primitivo rechazó la figura del poder basados en tres razones fundamentalmente: 1) Necesidad de participar con la propia actividad en la conclusión de los negocios jurídicos; 2) La familia era una unidad cerrada, y sólo sus miembros podían ejercer actividad Jurídica por ella, rechazando la intromisión; y 3) El 'pater familias' fue el único titular de derechos. Además, enfatiza ITURRIAGA ROMERO<sup>15</sup>:

“Las más profundas raíces del rechazo a la representación directa. Se hallaban en el sentido ético romano que cría en la libertad de la persona humana y respetaba su voluntad en el Derecho Privado (...) No se podía admitir, por consiguiente, la representación inmediata o directa, tanto la voluntaria como legal, sino únicamente la indirecta, ósea: que el cooperador actuaba en su propio nombre y no en nombre del principal.”

## 2.4.- DERECHO INTERMEDIO.

Si hay una característica distintiva es que en el llamado “derecho intermedio” se conservaron y respetaron las líneas maestras del instituto forjado por el derecho romano. La doctrina, muestra coincidencia en señalar que escasas alteración sufrieron los principios romanos en manos de los glosadores, de las legislaciones de los pueblos germánicos, y francos. En el aspecto práctico, sí se observa que el empleo del mandato fue muy escaso en estos pueblos, a diferencia de lo que ocurrió más tarde cuando se experimentó en los mismos pueblos un gran desenvolvimiento de la actividad comercial. Acerca de este periodo el jurista argentino, Jorge MOSSET ITURRASPE, menciona que son notas distintivas los siguientes aspectos:

“a) En las obras de Azzone y de Accursio se empiezan a perfilar los contornos de una figura que va a adquirir gran importancia la de procurador a quien se confía la libera administratio rerum, investido de poderes más amplios que el procurator omnium administratio bonorum;

---

<sup>15</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 33

b) Se destaca que el mandato puede otorgarse *fra amici estranei* y de ahí la necesidad de admitir, tal como aparece en Roma, la promesa de una recompensa para gratificar esos servicios. (...). Cuiacio y Donello, insisten sobre el particular y en destacar la diferencia entre mandato y la locación de servicios, en cuanto la recompensa, en el primero no está prevista como obligación (...) recíproca <del> mandatario.

c) La práctica mercantil, así como vulgarizó el mandato y contribuyó a consagrar el derecho a una recompensa -y la admisión de la representación- fue poco a poco perfilando una figura paralela, la comisión; y por último

d) El derecho intermedio consagra el mandato representativo”

## **2.5.- PRINCIPALES TEORÍAS DE LA REPRESENTACIÓN CIVIL.**

### **2.5.1.- LA REPRESENTACIÓN DIRECTA.-**

Se encuentra ineludiblemente vinculada a la figura del celebre jurista Bartolo de Sassoferrato (Italia 1313-1357), quien desarrolla la afirmación del principio de la representación directa. Que con el transcurrir de los tiempos tendría una importancia trascendente en la configuración moderna del mandato y la representación. Para Bartolo, si el mandatario actúa en los límites de sus atribuciones los efectos del acto por él realizados recaen automáticamente sobre la persona del mandante, lo cual exige la actuación del mandatario ajustada a las instrucciones recibidas y, además, que los terceros con quienes contrata conozcan la existencia del encargo y las facultades acordadas.

### **2.5.2.- APOORTE DE POTHIER EN LA REPRESENTACIÓN.**

Robert Joseph Pothier (Francia 1699-1772), con una labor simplificadora, y buscando ordenar la materia jurídica existente en su tiempo, aporta con las ideas siguientes:

a) Señala que la manera más común de otorgarse el mandato es por medio de un acto que se llama “procuración”. El mandante declara “por

esta procuración que da poder a una persona para hacer por él y en su lugar tales negocios”<sup>16</sup>

b) El mandato debe ser cumplido de buena fe. Y la buena fe es “la que obliga al mandatario a no ejecutar el encargo, cuando de la realización pueda seguirse perjuicio para el mandante”<sup>17</sup>. En caso de requerir, el mandatario debe “dar aviso comunicando sus razones y requerir nuevas instrucciones”<sup>18</sup>

c) La responsabilidad del mandatario debe alcanzar “según la naturaleza del asunto”<sup>19</sup> a la culpa levísima, pues aunque se trate de colaboración de confianza y gratuidad ello no lo autoriza, muy por el contrario, a proceder con negligencia o descuido.

d) Las convenciones, acuerdos destinados a limitar la responsabilidad del mandatario, no excusan su mala fe.<sup>20</sup>

e) No existe posibilidad que un mandatario pretenda compensar los perjuicios ocasionados al mandante, con los beneficios que su actuación, en otros aspectos o asuntos, le haya producido.<sup>21</sup>

f) Siguiendo a Bartolo, sostiene que “los efectos activos y pasivos de la gestión cumplida por el mandatario en los límites de las facultades dadas, aunque medie abuso (...) no exceso, recaen directamente sobre el mandante”<sup>22</sup>.

g) La extinción del mandato, a causa de la muerte del mandante, admite excepciones; el caso del encargado de una casa de comercio, el supuesto de los asuntos que deben continuar después de la muerte<sup>23</sup>.

Pothier trató extensamente y por separado las procuraciones judiciales y los poderes generales. Distinguió el mandatario del locador de obra o de servicio, diciendo que en estas figuras median subordinación y de allí que

---

<sup>16</sup> Pothier, Robert Joseph. Oeuvres Complètes, Traité du contrat de mandat, T I. París 1821. p. 27.

<sup>17</sup> Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 21.

<sup>18</sup> Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 36.

<sup>19</sup> Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 40.

<sup>20</sup> Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 41.

<sup>21</sup> Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 44.

<sup>22</sup> Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 82.

<sup>23</sup> Pothier, Robert Joseph. Ob. Cit. p. 99.

quien loca sus servicios debe permanecer bajo la dependencia y la dirección del locatario.

Pothier, sobretodo desarrolló el principio concerniente a lo que es objeto de los contratos, dicho principio es, que: “No hay más que lo que una de las partes contratantes estipula para sí misma, e igualmente lo que una de ellas promete a la otra que pueda ser objeto del contrato: *Alteri stipulari memo potest* (Instit. de iunt. stipul., § 18)”<sup>24</sup>. En ese orden de ideas, el consentimiento, juega un gran papel: “Es necesario ser capaz de consentir, y por consiguiente tener el uso de la razón, para ser capaz de contratar. Es, pues, evidente, que consentir. Los cuerpos y comunidades, las juntas de parroquia, los hospitales, etcétera, que no son más que personas civiles, no pueden contratar por si mismas; pero pueden contratar por el ministerio de sus síndicos y administradores”<sup>25</sup>. Además Pothier, hace referencia a los pródigos, los menores, las mujeres casadas, al carecer de consentimiento están impedidos de celebrar contratos, entonces celebraran a través de sus mandatarios.

### **2.5.3.- FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY Y LA REPRESENTACIÓN.-**

Federico Carlos de Savigny (Alemania 1779-1861). Considerado por la doctrina Europea, como una de las cumbres más altas del pensamiento jurídico occidental de todos los tiempos, se ocupa de la representación en distintas obras: 1) “Sistema de Derecho romano actual”, (tomo III, nº 113), en la que desarrolla algunos principios de la representación sin llegar a profundizar en el tema, como si lo hará en 2) “Derecho de las obligaciones” (tomo II, parágrafo 54 y siguientes.), obra donde SAVIGNY desarrolla su teoría acerca de la representación.

En general, Savigny se ocupará de la representación desde la perspectiva de la actuación de una persona por otra, estudiando los diferentes clases de convenciones que hallamos en el derecho romano, y pasará a establecer como se llega a la perfección de la misma,

<sup>24</sup> Pothier, Robert Joseph. “Tratado de las Obligaciones”. La Tribunal Superior de Justicia del Distrito federal. p. 41.

<sup>25</sup> Pothier, Robert Joseph. “Tratado de las Obligaciones”. La Tribunal Superior de Justicia del Distrito federal. p. 38.

estableciendo que dichos acuerdos pueden llevarse a cabo con la presencia de las partes, o en su ausencia, y en este último caso el negocio puede concluirse, sea por carta o por medio de un intermediario (*lettre vivante, nuncio*). Postula la teoría del Nuncio, por ello para el celebre jurista alemán el negocio que se realiza por medio de un intermediario, es por medio del nuncio o mensajero, que es un simple portador de una voluntad ajena; por lo tanto este nuncio nos hace postular que concrete un contrato cuyos efectos deben recaer en una tercera persona. Para Savigny, las partes son las que contratan, y el mensajero será un simple instrumento que transmite la voluntad de las partes, el mensajero es un instrumento privado de conocimiento como puede ser una carta, negará importancia a la voluntad del mensajero.

Siendo el derecho romano, la base del estudio de SAVIGNY, este siguiendo el casuismo romano, para sustentar su teoría pondrá el siguiente ejemplo:

“Así, deseo comprar un caballo, el vendedor exige 100 por él, yo no puedo llegar a tal suma, y nos separamos sin contratar, pero envío más tarde a un mensajero con la declaración que accedo a la demanda de mi contratante; ese mensajero es entonces portador de una respuesta afirmativa, sin que él sepa de que se trata; él es por consiguiente un instrumento privado de conocimiento y de voluntad, absolutamente como una carta. (..) o que por el contrario, muchas resoluciones por mí autorizadas, de las cuales él eligiere una libre y espontáneamente. Importa por consiguiente poco que el representante aparezca en la operación con más o menos iniciativa”<sup>26</sup>

Mas adelante, el mismo Savigny sustenta su tesis, formulando las siguientes ideas:

“Nadie dudará, sin embargo, que ese contrato no deba valer, absolutamente igual como si hubiera sido concluido por sí mismo. Finalmente encargo al mensajero a tratar un precio más aproximado que

---

<sup>26</sup> SAVIGNY, F.C. Von, “Sistema de Derecho romano actual”, tomo III. pp. 202-203.

posible es 80, y hasta de dar entre tanto su consentimiento hasta 100 en caso de estimarlo necesario. Ahora, el mensajero no es más que antes, él está completamente sin voluntad, aunque se le ha dejado cierta libertad de conducta. El caso donde él ha tratado a 100 es absolutamente sobre la misma línea que el caso precedente: si él ha tratado a 80 seguramente hay una cierta iniciativa de parte del representante. Entre tanto se buscará difícilmente notar una diferencia entre los dos casos, el representante aparece como simple mensajero, en el sentido que con el primer caso el intermediario aparece como simple mensajero con efecto directo de los efectos del contrato a encargo a un representado, mientras que en el segundo caso al aparecer como munido de poder y originar él las acciones útiles para y contra el representado; nosotros daremos aun un paso más adelante. He visto pues en la casa de un comerciante muchos caballos sobre los cuales cada uno parece tener sus ventajas y sus inconvenientes especiales. Doy a una persona que conoce más que yo de caballos el encargo de elegir para mí el caballo que él considere el más conveniente para mí, y comprarlo en mi nombre, y por ésta misión yo le dejo más o menos libertad en la determinación del precio. Aquí el representante tiene un campo de acción muy amplio para decidir y hacer sus gustos, concluyendo él un contrato en mi nombre; se debe entonces, sin dificultad considerarlo y tratarlo como el simple mensajero de los casos precedentes ... La comparación de estos casos diferentes conducen a la convicción que todos los actos mirados jurídicamente tienen su naturaleza absolutamente similar. Importa poco que el representante lleve a la otra parte mi resolución única.”<sup>27</sup>

La figura más destacada de la escuela histórica del derecho, SAVIGNY en su teoría de la representación reconocerá distintos supuestos de intermediación, sin establecer ninguna distinción entre ellos. Para él, la voluntad que interesa en la representación es la voluntad del dominus o representado, por que ella concluye el negocio, y no la del representante. Esta elaboración teórica significará el primer gran aporte de la ciencia jurídica germánica del siglo XIX a la teoría de la

---

<sup>27</sup> SAVIGNY, F.C. Von, “Sistema de Derecho romano actual”, tomo III. pp. 202-203.

representación. Sobre la base de estos estudios, autores posteriores habrían de expresar sus ideas, considerando los supuestos de intermediación estudiados por el jurista alemán no como una sola institución; sino como supuestos distintos encuadrables dentro figuras jurídicas distintas.

### **2.5.3.1.- CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE SAVIGNY.-**

El encargado de formular, la crítica a las doctrinas de SAVIGNY, fue HUPKA, señalando que: “En un poder concebido en términos generales, es imposible concebir el mismo como si fuera o contuviera la suma de las declaraciones que el apoderado hará en el futuro, pensadas como si es el representado quién las hace, porque así éste lo concibió. Tal conclusión inaceptable, podría creerse que puede ser viable en el caso de un poder concebido en términos expresos, sin embargo, allí también sería posible; así el poder no dejara la más mínima dosis de discrecionalidad en la persona del apoderado, ello no es cosa idéntica a la declaración formulada en el caso representativo.”<sup>28</sup>

Josef HUPKA, respecto a la teoría de SAVIGNY, sostiene además que no es la misma cosa la voluntad de otorgar el poder, y la voluntad contractual que se declara en el negocio principal, ello inclusive es así en el caso en que el poder se hubiera concretado hasta el último detalle; la persona que otorga poder a otro para que contrate en su nombre y de su cuenta no es quién pone la manifestación de voluntad en el negocio, toda vez que quien realmente realiza es el representante.

Por otro lado Luigi MOSCO, también critica duramente la teoría de Von SAVIGNY y encuentra el punto vulnerable de la misma en los distintos casos de intermediación que plantea el célebre autor alemán sin hallar entre ellos no obstante, distintas situaciones que relata, diferencia alguna en cuanto a la ley que ha de aplicarse a los mismos<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. pp.38-39.

<sup>29</sup> MOSCO, Luigi. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Barcelona 1963. Traducción por F. Cerrillo Quilez. Colección Nereo. p. 123.

## 2.6.- REPRESENTACIÓN Y MANDATO EN LA CODIFICACIÓN DEL MUNDO MODERNO.-

Es lugar común sostener que la doctrina alemana determina los contornos de la Representación y el Mandato en la época moderna, y por lo tanto de su acogimiento legislativo en los Códigos Civiles, sin embargo nada más lejos de la realidad. Si hay un precedente, corresponde a una de las corrientes de pensamiento más poderosas de la historia de la humanidad. En efecto, la concepción que se vertió en las primeras codificaciones civiles modernas, fueron de un innegable signo iusnaturalista, ello es así desde mitad del siglo XVIII en adelante. En tal sentido es posible mencionar al Código bávaro (1756), Código prusiano (ALR, 1794), *Code civil francés* (1804-1808), Código austriaco (ABGB,1811), Código de comercio alemán (ADHGB,1861), Código civil alemán (BGB,1896-1900), Código civil italiano de 1865, y por esos conductos, pasó a los Códigos Civiles latinoamericanos (siglo XIX) y al Español (1889), “con sus sabidas aproximación e interferencia de representación y mandato”<sup>30</sup>.

Dentro de la corriente iusnaturalista, es preciso mencionar a HUGO GROCIO (1583-1645), el jurista y filósofo holandés, de notable influencia en las primeras codificaciones, al punto que permite sostener a Fernando Hinestrosa, que: “La concepción del BGB en materia de representación es tributaria de esa tradición (*Usus Modernus*) y, por dicho conducto, también lo es la del *código civil italiano* de 1942, que tanto ha influido en la codificación latinoamericana contemporánea”<sup>31</sup>.

GROCIO, fue el pensador de la ilustración que tiene la valentía de romper con el derecho romano, en tal sentido, a decir de Fernando Hinestrosa, lo decisivo para Grocio es sólo determinar: “Si existe o no un *Auftrag* [encargo], un *mandatum generale* o *speciale*, y nada más, que revele el ser *extraneus* o *potestati domini subiectus*: el mandato del tercero, con el consentimiento

<sup>30</sup> HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.99.

<sup>31</sup> HINESTROSA, Fernando. Ob. Cit. p. 97.



correspondiente (o, en su caso, el consentimiento posterior sustitutivo, la *ratihabitio*) son plenamente suficientes para perfeccionar el efecto jurídico pasivo en su persona”<sup>32</sup>.

Grocio, tiene ideas precisas y perfectamente sustentadas acerca del mandato y la representación, Fernando Hinestrosa citando a De Lorenzi, en tal sentido menciona que Grocio trata: “La representación dentro de las promesas contractuales, que pueden ser hechas o aceptadas, igual por el sujeto para sí o para otros, tanto en nombre propio, como en nombre ajeno, y se desenvuelven y realizan por medio del mandato, instrumento mediante el cual los efectos de la operación celebrada entre representante y tercero, tanto activos como pasivos, recaen sobre el mandante representado, en cuanto el representante indicó que obraba a nombre de éste”<sup>33</sup>.

Sin embargo, a comienzos del siglo XIX surgirá en la Pandectística alemana una fuerte corriente "restauradora", que en nombre de "conceptos jurídicos puros", negará la posibilidad de la eficacia directa de la representación. Entonces el dogma recepcionado pacíficamente en el sentido de concebir al mandato como un contrato que tiene por objeto transferir un poder de representación, será severamente cuestionado.

Siguiendo la obra citada del jurista colombiano Fernando Hinestrosa, debemos señalar que en este sentido, una obligación derivada del contrato de otro no sería una *obligatio ex contractu*, dado que aquellos entre quienes surgió no celebraron entre sí el contrato. Ante esta inconsistencia, SAVIGNY, tras de entender la prohibición romana con alcance circunscrito a la sola *stipulatio*, mostrará a la representación como una figura aparte, autónoma, al margen del mandato y de las *actiones adiecticia qualitatis*. El representante, "instrumento" del representado, cuya voluntad de aquel transporta, y luego transmite al tercero. Implícitos están dos momentos de la relación jurídica. Primer momento, como simple facilitación, toda vez que los órganos jurídicos de un individuo son como multiplicados, de manera que por intermedio suyo se realizan negocios jurídicos que de lo contrario nunca se realizarían, admitiendo una asimilación del representante al nuncio. Entonces, como segundo

---

<sup>32</sup> HINESTROSA, Fernando. Ob. Cit. p. 98.

<sup>33</sup> HINESTROSA, Fernando. Ob. Cit. p. 98.

momento y conclusión forzosa es que el representado es el verdadero contratante, y ello no por una ficción, sino sobre la base de la intervención de su voluntad específica, transportada y manifestada por el representante (*Träger der Wille* = portador de la voluntad). Inmediatamente después de la contraposición entre las teorías de la cesión (*Zessionstheorie*) (MÜHLLER, PUCHTA) y del negocio (*Geschäftstheorie*) o también de la voluntad del representado (*Geschäftsherrntheorie*) (SAVIGNY, DERNBURG), surgió la teoría de la representación (*Repräsentationstheorie*) (ideas encarnadas originariamente en los juristas alemanes BUCHKA, y HUPKA), caracterizará a esta corriente doctrinal, como su misma denominación indica, privilegiar la posición del representante, a quien se imputa el negocio, aparte de que sus efectos tengan como destinatario al representado, conforme a la cual, conservando la voluntad como el eje de la explicación del negocio jurídico, es la del representante y no la del representado la que crea el negocio y determina sus efectos: el acto es de aquel, pero los efectos se radican en cabeza de este, en desarrollo de una ficción y en cuanto esté provisto de un poder y diga que obra a nombre ajeno (WINDSCHEID, IHERING, BRINZ, ZIMMERMANN, LABAND). Teoría por cuyo cauce se llega a las figuras del *Handlungsbevollmächtigte* (dependiente, gestor) y del *Prokurist* (factor), de suyo autorizados para celebrar los contratos propios de sus funciones y dentro del ámbito de ellas, por cuenta del principal y sin asumir responsabilidad personal, atribuciones inherentes a su condición y que, conforme al código de comercio (HGB) de 1861, no pueden ser restringidas: "concepto comercialista de la representación". En fin, el BGB acogió ampliamente la teoría de la representación, habiéndose de destacar y, delantamente, que allí, por primera vez, la figura de la representación adquiere individualidad y autonomía. Con ideas más claras, a fines del siglo XIX, LABAND (en 1886), destacará la autonomía del poder representativo (*Vollmacht*) frente al mandato (*Auftrag*), poder aquel que es producto de la voluntad del representado, e impulsó la llamada "teoría de la separación" (*Trennungstheorie*): separación entre *Ursache* y *Wirkungen* (razón de ser y efectos), estos últimos asignables solamente al representado, y del negocio de procura frente a la relación interna de gestión y el encargo-mandato, para alcanzar un "paradigma 'comercialista' de la conceptualización de la figura de la representación". Su contribución fue

definitiva para la autonomía de la representación: hay mandato sin poder, como también hay poderes sin mandato (*Vollmachten ohne Auftrag*), tal el caso del *Prokurist* y de los representantes de sociedades, cuyo poder representativo no deriva de mandato; así mismo, pueden darse hipótesis en que el poder rebasa al mandato. El representante no obra con base en la voluntad del representado, sino sobre la base del *poder* (*Prokura*). Ello, puede decirse, constituyó un logro definitivo para la explicación y la disciplina de la figura, la distinción entre representación y mandato, y por esa vía, entre el apoderamiento, que reza con la atribución de facultades de intromisión en la esfera del interesado, y es lo que importa al tercero contratante (*Aussenverhältnis*), y la relación de gestión, interna (*Innerverhältnis*), cuyas reglas gobernarán el comportamiento del gestor para con el interesado y de este para con aquel.

En nuestra doctrina nacional mucho se ha resaltado el aporte de LABAND, en la construcción doctrinal moderna de la Representación y del Mandato, no obstante encontramos indicios que los juristas, no han conocido de fuente primigenia las ideas del citado jurista, en el sentido afirmado podemos ver el comentario que hace al respecto el maestro Ricardo BEAUMONT CALLIRGOS: *“Fue LABAND quien finalmente formuló la distinción conceptual, clara y precisa, entre ambas instituciones”*<sup>34</sup>.

La cita de mayor abundancia respecto de los aportes de LABAND, en doctrina nacional la hemos encontrado en los estudios del maestro Ruben Guevara Manrique<sup>35</sup>, quien refiere:

*“El Mandato es una relación obligatoria entre el mandante y el mandatario, mientras que la idea de Poder designa la posición jurídica individual de la persona del apoderado, contemplada, sobre todo, desde el lado externo, es decir, por los terceros que contratan con él.*

*A este respecto Laband, en su trabajo publicado en 1866, en la Revista de Derecho Mercantil, señala: “ Es cierto que Mandato y Poder pueden coincidir. Sin embargo, es menester conservar clara la idea de que Mandato y Poder sólo coinciden de manera ocasional, pero no necesariamente, y que de ninguna manera puede decirse que constituyen el lado externo y el lado interno de una*

<sup>34</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “Representación y mandato: Aciertos y desaciertos en el Código Civil de 1984”. Lima 1992. En: “Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor”. p. 98.

<sup>35</sup> GUEVARA MANRIQUE, Rubén. “El Registro de Mandatos y Poderes”. Lima 1997. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Martín de Porres. “Vox Iuris N° 7”. Pp. 31-32

*misma relación, porque en realidad son dos relaciones distintas". Así mismo, este autor afirma que: **"resulta que hay mandato sin poder, poderes sin mandato y, por último, que el poder y el mandato ocasionalmente pueden coincidir. Por ende, una aguda separación de estos dos conceptos es una necesidad jurídica. Hay dos negocios jurídicos -Mandato y Poder- que tienen diferentes presupuestos. diferentes contenidos v diferentes efectos"**.*

La referencia a LABAND, y la doctrina nacional se encuentra justificada por la sobrevaloración dada por ésta al mencionado jurista, siendo dicho aspecto un lugar común, por lo tanto necesario de ser aclarado.

La autonomía del *poder*, encontró sus críticos en la llamada escuela de la *Begriffjurisprudenz* (jurisprudencia de intereses), así juristas de la talla de IHERING, MITTEIS, SCHLOSSMANN, e ISAY, cuestionaron en el sentido de considerar a la teoría de la representación el ser una técnica negocial para resolver las situaciones anómalas de discrepancia entre el poder sustancial y el poder formal, encaminada a la salvaguarda máxima del tercero, con relegamiento de las situaciones normales, o sea de coincidencia entre ellos, en desmedro de la situación del representado y apartada de la realidad económica. Sin embargo, se advierte también que en el curso de la controversia acerca de la supremacía de las posiciones en la relación representativa: la del representante o la del representado, surgió otra tesis, la teoría de la cooperación (*Vermittlungstheorie*), elaborada por LENEL y desarrollada por MITTEIS, que se colocó en una posición intermedia: en la actuación representativa hay una cooperación de las dos voluntades": Teoría a la que no deja de anotársele que no atiende a la representación legal.

## **2.7.- POSICIÓN DEL AUTOR RESPECTO A LA DOCTRINA DE LA REPRESENTACIÓN MODERNA.**

Con SAVIGNY, ingresamos a la época moderna en el Derecho, son muchos sus aportes, y resaltan su figura en Europa, en nuestro país pocos conocen a profundidad sus valiosos aportes. En cuanto al tema, este noble jurista considera al representado como quien manifiesta la voluntad en el acto de intermediación, y al representante, como a un simple mensajero, a un portador de una voluntad ajena. ¿Cómo llega a esa conclusión?. En base a un análisis casuístico, iniciando por el caso de un

representante que tiene por completo restringido su libertad de decisión, hasta llegar a un tercer caso, en la que el representante tiene facultades mayores. En el primer caso, el representante o intermediario es el encargado de llevar una aceptación a una oferta contractual completa y determinada. En el segundo caso, el representante o intermediario debe concluir el negocio dentro de un precio base y máximo, es decir tiene un ámbito de decisión mayor al del primer caso. En el tercer caso, nos plantea la mayor amplitud de decisión para el representante o intermediario, ahora no sólo tiene libertad de determinar el precio, sino también de escoger dentro de los caballos del comerciante. Si comparamos un caso con otro, la amplitud de decisión o discrecionalidad que otorga el representado al representante o intermediario, va en aumento, sin embargo SAVIGNY considera en todos los casos como si se tratara de una misma figura jurídica, no percibe diferencia alguna, y siempre desconociendo valor a la voluntad del representante. A nuestro entender en los dos primeros casos planteados por Savigny, estamos ante la figura del nuncio, y en el tercer caso se presenta la figura de la representación. En todo caso, las ideas jurídicas de SAVIGNY, son un desarrollo doctrinal decisivo, en la medida que contribuye a posteriores concepciones de mayor consistencia y rigor, respecto al tema en estudio.

El estado actual de la cuestión, permite percibir la importancia de la doctrina alemana y la decantación de los conceptos, depurados por la controversia y las exigencias del tráfico. Se configura con autonomía, el poder como fuente de la representación, independientemente de la relación económica y jurídica en la que se engaste o que lo acarree; así como separación entre apoderamiento y mandato, como del mandato y la representación.

Los códigos posteriores a los antes mencionados, a partir del BGB (Representación, artículos 164-181, y Mandato artículos 662-676), se ocupan específicamente de la representación como figura autónoma, y por separado, de las relaciones correspondientes al Mandato; el OB suizo (artículos 32-40 la Representación, y 394 siguientes, el Mandato); (Representación artículos 1387-1400, y Mandato artículos 1703 y siguientes). Es importante resaltar

que con el Código Civil alemán, y el suizo, encontramos la construcción de conjunto del Mandato y la Representación.

En la misma dirección del *Código Civil Italiano* de 1942, están los Códigos latinoamericanos más recientes, nutridos en aquellas teorías, la legislación latinoamericana código de comercio colombiano (1971, arts. 832 a 844 y 1262 ss.) y códigos civiles de Bolivia (1975), Perú (1984) y Paraguay (1987). El Código Civil de Brasil (2002) mantiene la influencia directa alemana. De esa forma la normatividad resultó, sin que esa mezcla se haya podido liquidar satisfactoriamente, no distribuida, sino diseminada, aceptando sí la diferencia entre el apoderamiento y la relación de mandato.

Fuerza admitir que la mayor parte de los códigos no se refieren a la representación sino indirectamente, y sobre todo a propósito del Mandato, y ello es así por la poderosa influencia del Código Civil Francés de 1804. La disciplina de la figura de la representación negocial o voluntaria corre íntegramente en la regulación del mandato, relación de gestión en la que suele regularse el acto de apoderamiento y que suele confundirse con la representación, asimilada a dicho contrato, inclusive esa corriente tradicional mantiene el Código Civil de Québec (1994), el mismo que dedica cincuenta y seis artículos al *mandato* (2130 a 2185), en las cuales contempla tanto de la disciplina singular de dicha figura, como de la representación en general.

Finalmente es pertinente mencionar, que no obstante tener en la cultura Occidental (que nos rige), como antecedente histórico al Derecho Romano, hay quienes como el jurista argentino Ernesto A. SANCHEZ URITE<sup>36</sup>, nos remiten a la antigua Babilonia, para encontrar los antecedentes históricos remotos del mandato. En efecto, de acuerdo a la tradición Babilónica, fue el dios Samash, el dios sol, dios de la Justicia, quien entregó las leyes al rey Hammurabi de Babilonia (1790-1750? a. C.), y así se materializa en la imagen que figura sobre el conjunto escrito de leyes, son los dioses quienes dictan las

---

<sup>36</sup> SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo Perrot.

leyes a los hombres, por eso, las leyes son sagradas. De hecho, antes de la llegada de Hammurabi al poder, eran los sacerdotes del dios Samash los que ejercían como jueces pero Hammurabi estableció que fueran funcionarios del rey quienes realizaran esta trabajo, fortaleciendo el poder del mismo. La Historia conoce de una Estela de piedra, donde se hallan grabadas las 282 leyes del Código de Hammurabi. En la parte superior el rey Hammurabi (en pie) recibe las leyes de manos del dios Shamash. La estela fue encontrada en Susa (antigua ciudad de los imperios Elamita, Persa y Parta, situada a unos 240 km al este del río Tigris, en el sudoeste del actual Irán), a donde fue llevada como botín de guerra en el año 1200 a. C. por el rey de Elam Shutruk-Nakhunte. Actualmente se conserva en el Museo del Louvre (París). El citado código, regula aspectos de derecho civil y penal, se regulan como aspectos de la vida cotidiana, castigan los delitos, el trabajo asalariado, entre otros aspectos el mandato comercial.

## CAPÍTULO III

# TEORÍAS DE LA INCIDENCIA DE LA VOLUNTAD EN LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

### 3.1.- NATURALEZA JURÍDICA

En el Derecho Romano está los antecedentes del mandato, sin embargo hay quienes encuentran antecedentes más remotos. La Representación, tiene antecedentes más recientes, que se remonta a la época moderna. El mandato de la antigua Roma, evolucionó a través de la historia, continuó en el Derecho Canónico, con la introducción de la figura del "*poder*". El Derecho Inglés por su parte, introduce la figura del "*Attornatus*", dentro de la representación procesal, y al "*Master and servant*" como sujetos en el contrato de Agency, el cual constituye una especie de mandato y poder propiamente.

La figura de la representación aparece de la mano con el mandato, situación que se hace notar en el Código Civil francés de 1804 que contempla la figura del mandato, excluyendo a la representación como institución independiente, pero acogiendo sus características y elementos dentro del mandato. La teoría de la representación fue desarrollada por los juristas alemanes del siglo XIX, como Von Savigny, Von Ihering, Laband, Hupka, entre otros, ideas que se consagran en el Código Civil Alemán de 1896, vigente a partir de 1900 y llamado como el "BGB", por los juristas .

Empero, en la doctrina existe discusión sobre las implicancias que conllevan a la relación jurídica entre representado y representante, entre poderdante y apoderado, al realizar el acto jurídico, ó negocio jurídico encomendado, en ese sentido se discute sobre la actuación del



representante, concretamente para establecer la voluntad que interviene en el acto, si esta es la del representante o es la del representado, o son ambas las que confluyen en la relación con el tercero. También, existe polémica acerca de la discrecionalidad en el actuar, y los límites del poder. A partir de todos estos supuestos se han configurado, respecto a la Naturaleza Jurídica de los aspectos antes mencionados, las siguientes teorías.

### **3.2.- TEORÍAS QUE CONSIDERAN A LA VOLUNTAD DEL REPRESENTADO COMO LA QUE CONCLUYE EL NEGOCIO O ACTO JURÍDICO.-**

Las principales son dos:

#### **3.2.1.- TEORÍA DEL NUNCIO**

Defendida entre otros por Karl Von Savigny, quien considera que la voluntad del representado es la que interviene en el acto, contrato, o relación jurídica; es la voluntad del *dominus negotii*, más no la del representante, quien cumple la función de nuncio o mensajero al transmitir la voluntad. El nuncio, es un medio de comunicación de la voluntad ajena *nudus minister*, esto es privado de toda libertad para determinar la oportunidad de concluir o no el acto, aun cuando haya recibido instrucciones alternativas, como por ejemplo tenga la facultad de escoger entre dos o más objetos, o de declarar entre una u otra, de dos o varias determinaciones de la voluntad del interesado mismo.

La presente teoría restringe la importancia del representante, al considerarlo como un simple instrumento trasmisor, equivalente a un medio, como la carta, así lo ha manifestado Savigny, respecto a esta teoría.

Las observaciones aquí son varias, así para el jurista italiano Messineo el nuncio o mensajero es un simple colaborador, no pudiendo conferírsele la misma connotación de las propias funciones del representante quien actúa en

mérito a un poder conferido por el representado. Por otro lado un sector de la doctrina, entre ellos Hupka, cuestiona a esta teoría en razón al poder, cuyo contenido puede ser más amplio que la simple colaboración que puede prestar el nuncio. Adviértase, aceptar esta teoría implicaría que la simple comunicación de este al tercero, implicaría la conclusión del negocio, situación que no se da en la representación. Es claro que la voluntad del nuncio es limitada, por cuanto no cuenta con facultades de iniciativa, que conduzca a la mejor conclusión del acto o relación jurídica o que favorezcan al representado mismo.

### **3.2.2.- TEORÍA DE LA FICCIÓN**

Sostenida entre otros por Winscheid, y los pandectistas alemanes. Esta teoría propugna que la voluntad del representado es la que se manifiesta en la conclusión del acto o relación jurídica, porque la declaración del representante se efectúa como si fuera del representado.

La presente teoría, también conocida como teoría Tradicional de la representación, según el gran jurista peruano ITURRIAGA ROMERO:

**“Dicha doctrina traducida pone, por consiguiente, toda su atención en la persona del representado”<sup>1</sup>**

Aquí, se darían dos declaraciones: una pensada del representante, y otra no pensada, del representado. Indudablemente que esta teoría conceptúa que el acto es realizado por el representado, porque la intervención del representante es tan solo ideal, excluye por lo tanto a la voluntad del representante, por eso se la conoce también como teoría monista. Es necesario preguntarles: ¿Qué función cumple el representante? A quienes sostienen esta teoría. Sólo cabe responder, para ser coherentes con esta teoría, que la función del representante es la de un simple vehículo o instrumento de la declaración de voluntad del representado. Con esto, como que se quita voluntad propia al representante. Por ello es que en este punto se asemeja a

---

<sup>1</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 47.

la teoría del nuncio o emisario. Es por ello que también los vicios de la voluntad del representante serían intrascendentes. Además otro argumento de esta teoría, se exterioriza a partir de la consideración de la representación como elemento accesorio del mandato, por lo que su separación como institución obedece a una abstracción jurídica. Obviamente que sustentar la abstracción jurídica en base a las características de un solo contrato, como es el de mandato, no es concebible en estos tiempos. Es obvio que al propugnarse esta teoría, los juristas consideraban al mandato como sinónimo de la figura de la representación o también como integrante de la representación.

Existen muchas razones para refutar esta teoría, entre las que se cuenta el que no puede ver a la representación como exclusiva del contrato de mandato, mucho menos confundir con ésta. Lógicamente que los argumentos de los juristas que refutan la identidad entre mandato y representación, son aplicables para contradecir a esta teoría. De igual modo, se la refuta, porque la voluntad que declara el representante no sería la del representado. Finalmente, a esta teoría también se la critica porque no explicaría la función que cumple el poder, porque si la representación fuese una ficción, entonces ya no requeriría de poder, tampoco de facultades para el apoderado o representante.

### **3.2.3.- TEORÍA DE LA SUSTITUCIÓN.**

Propugnado entre otros juristas, por los italianos Emilio Betti, y Vittorio Neipp. Estos ubican a la representación dentro de la idea genérica de la "sustitución". Quienes sostienen esta postura, lo hacen desde la teoría general de los hechos jurídicos, estableciendo en el tema de la sustitución, la figura de la representación. A su juicio, existe "sustitución" siempre que se diversifique o se separe el titular del interés afectado por el acto jurídico y la persona que lo realiza. Dentro de esta "sustitución" existen grados de efectividad e importancia. En tal virtud el mismo Emilio Betti (1943), agrupa en dos grandes grupos: Una sustitución que conlleva al simple aporte en la ejecución del acto, concretamente en la forma, no siendo necesario en muchos casos la capacidad para obrar; en este grupo se encontraría el nuncio,

y las variadas formas de colaboración subordinada, como el intérprete, el mediador en relaciones contractuales preliminares. Por otro lado, en el segundo grupo se encontrarían aquellas donde el sustituto tiene la paternidad del mismo contenido del negocio, y por lo tanto moldea el contenido del negocio según su voluntad. En este último grupo podríamos ubicar a la asistencia altruista. Dentro del último grupo de sustitución el jurista italiano Emilio Betti, señala hasta tres supuestos a saber:

**Primero**, cuando: "La nueva situación jurídica se produzca para la parte del negocio y además para el tercero interesado", por ejemplo el contrato a favor de tercero. **El segundo**, en aquellos casos en que los efectos de la situación jurídica se produzca en la persona que interviene en el acto y ésta: "Deberá luego proceder, mediante otro negocio, a transferir los efectos a la esfera patrimonial del tercero", por ejemplo la representación indirecta llamada en nuestro C.C. "Mandato sin Representación". **El Tercero**, donde: "La nueva situación jurídica se produzca exclusivamente para el interesado" que sería la representación directa, conocida en nuestro C.C. como: "Mandato con Representación"<sup>2</sup>

Aquí resulta adecuado preguntarse: ¿Dónde se origina la sustitución?, ¿En la voluntad humana, a través de la autonomía de la voluntad; en la autorización del Legislador, a través de la Ley; o en un mandato del Juez, a través de un auto?. Vale decir que ante situaciones de imposibilidad jurídica para que una persona puede realizar por sí el acto jurídico, la persona puede sustituirse por otra; o que la Ley le faculta hacerse sustituir por otra persona, que la misma norma instituye textualmente al sustituto o establece mecanismos para su designación; o el Juez ordena a determinada persona que actúe ante imposibilidad de otra, por aquella. El problema de si la sustitución constituye una excepción a la autonomía privada o es una forma de tutela jurídica al ejercicio del derecho a realizar actos jurídicos en ejercicio de la autonomía. Lo ideal es que el propio interesado intervenga en los actos que le son inherentes. Con la sustitución en la realización del acto, se cuestiona la titularidad del derecho subjetivo, cuando el acto jurídico es realizado por persona ajena al titular. Por tanto, se tiene que ver la intromisión de lo ajeno y los límites de tal intervención, que los fija la ley para los casos en que sea necesario realizarlo, y el sustituido para los actos que se celebren en nombre de éste.

---

<sup>2</sup> Betti, Emilio. "Teoría General del Negocio jurídico". Madrid 1943. Ed. Revista de Derecho Privado. p.423.

Nos preguntamos ¿Cuándo hay actuación de un tercero, sin que haya sustitución? . En muchos casos, solo mencionaremos dos casos a manera de ejemplo: Primero, en la Intermediación, mediante la cual una persona interviene en la concreción de un contrato, sirviendo de enlace entre las partes, tal como ocurre con los agentes de bolsa, los “brokers” de seguros, entre otros. Segundo, en la Asistencia, sobre todo para actos que requieren del concurso de técnicos en distintas materias, como los peritos. ¿Y en estos casos existe cooperación? Sin duda alguna en estos casos existe colaboración, sin embargo no existe sustitución, sino únicamente conducta suplementaria por parte del intermediario, o también llamado asistente.

Cabe destacar también, distintas son las situaciones de quienes actúan en interés de otra persona, pero ocultando que actúan para ella, es la situación conocida como "testaferro". El hecho de estar oculta la representación, ubica a esta figura dentro de los actos de colaboración, aún cuando la situación jurídica generada sea contraria a la moral y buenas costumbres e inclusive prohibida.

Al respecto, el profesor de la Universidad de Ferrara, Vittorio NEIPP; manifiesta que:

**“La concepción doctrinal de la representación, hoy mas atendible (..) fija su núcleo esencial en la sustitución, hecha evidente al tercero, de un sujeto a otro en el cumplimiento de un acto jurídico. Pero tal situación es unánimemente supuesta por los autores como, no sólo física, sino también jurídica, en el sentido de que la producción de los efectos jurídicos del acto se debe, como a la causa (...), a la voluntad de los sujetos que en ella participan. En nuestra opinión, dicha concepción de la representación no responde a la verdad”<sup>3</sup>**

La crítica de Neipp, a la teoría de la sustitución, se funda en las siguientes razones:

**“Algunos han hablado, como sintetizando de una “desviación” de los efectos jurídicos del acto de la persona del representante A a la del representado B. Pero, ¿Por quién y cómo se produciría la tal presunta “desviación”? Los mencionados autores no dan una respuesta precisa a la pregunta”<sup>4</sup>**

---

<sup>3</sup> NEIPP, Vittorio. "Causalidad jurídica y representación". Buenos Aires 1962. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa—América, EJEa. p. 9-10.

¿Quiénes son esos algunos?, pues son los defensores de la Teoría de la Sustitución: Pacchioni ("Elementi di diritto civile". Torino. ETET. 1926. p. 343); y Barassi ("Istituzioni di diritto civile". Milano. 1921. p. 176-179).

Por último Vittorio NEIPP; fija su posición sosteniendo lo siguiente:

**"Sería, por tanto, a la voluntad combinada de quienes participan en la creación del acto representativo, a quien se debería el nacimiento instantáneo de todos los efectos jurídicos respectivos, en orden al representado, y no ya al representante"**<sup>5</sup>

### 3.2.4.- TEORÍA DE LA LEGITIMACIÓN.

Aparece ante la dificultad de las otras teorías, de explicar la diferencia entre la representación y otras formas de sustitución (por ejemplo en la acción pauliana). De esta manera, se acude a la idea de legitimación, que es tema del acto de ejercicio del derecho subjetivo.

Ubicada en el plano de la legitimación, la Representación se define como la concesión de un poder de legitimación a una determinada persona para que obre en interés y por cuenta de otra, lo que es indudablemente cierto en la representación directa (porque los efectos recaen directamente en la esfera jurídica ajena), y también en la representación indirecta si se admite que pese a obrar el representante en su propio nombre, los efectos del acto jurídico, así por ejemplo la adquisición de una cosa inmueble con dinero del representado van también directamente para la esfera jurídica del representado, aunque el negocio se considere legalmente como si fuera personal suyo, esta Teoría está consagrada por ejemplo en el Código Civil Español, en su Art. 171, específicamente .

---

<sup>4</sup> NEIPP, Vittorio. "Causalidad jurídica y representación". Buenos Aires 1962. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa—América, EJE. p. 88.

<sup>5</sup> NEIPP, Vittorio. "Causalidad jurídica y representación". Buenos Aires 1962. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídica Europa—América, EJE. p. 89.

### **3.3.- TEORÍAS QUE CONSIDERAN A LA VOLUNTAD DEL REPRESENTANTE COMO LA QUE CONCLUYE EL ACTO**

#### **3.3.1.- TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN AUTÓNOMA O DEL REPRESENTANTE**

Como principales representantes de esta teoría, están Ihering, Windscheid, Laband, Von Tuhr, y Soto Nieto. Esta teoría fue acogida por el Código Civil Alemán de 1896, vigente a partir de 1900, norma conocida como B.G.B. Alemán, cabe destacar que es la teoría dominante en la doctrina alemana, así como en una gran parte de países.

Viene a ser la teoría que sostiene que el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, que supone una declaración de voluntad recepticia, por la que el representado hace suya el negocio o negocios jurídicos que concluye el representante en su nombre y cuenta. El Apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, no un contrato. El representante obra y entre él y quien con él contrata, el tercero, surge el acuerdo de voluntades. Sin embargo, el efecto jurídico del acuerdo mencionado, repercute no en el representante sino en el representado, como si él mismo hubiera participado.

Pues, sostiene esta teoría, la distinción entre voluntad determinante del negocio jurídico representativo y voluntad del apoderamiento. El representante participa, actúa, despliega su voluntad, y es parte del negocio representativo; y el representado sin obrar ni participar directamente, es parte de los efectos que han de generarse.

Aquí, la voluntad del representante es la que concluye el acto. El apoderamiento (acto por el que el representado otorga poder al representante), es un acto unilateral, autónomo y recepticio, por ello los vicios de la voluntad recaen sobre el representante. Este aspecto es importante para determinar los efectos del negocio jurídico con el tercero, así como los vicios de voluntad subsecuentes de la intervención del representante en dicho negocio. El

representante concluye el acto jurídico, por lo tanto es su voluntad la que se expresa en él en nombre e interés de quién le confirió la representación.

Al respecto, Soto Nieto señala:

**“El Representante es el que da vida al negocio”<sup>6</sup>**

Aquí es oportuno interrogarse ¿En qué situación quedaría el representado?, respondiendo Sánchez Urite dice:

**“El representante obra y el representado no es parte del negocio representativo, es parte en cuanto a los efectos que de él derivan”<sup>7</sup>**

Así de esta manera, se excluye toda confusión sobre el tema, y la exclusión de voluntad del representado, como se ha señalado.

De la presente teoría se arriban a las conclusiones siguientes:

- a) El representado, en el acto de la representación voluntaria debe reunir los requisitos de capacidad para los actos, por cuanto se trata de acto suyo.
- b) El representante, es el responsable de los vicios de voluntad, que pudieran afectar al acto jurídico celebrado por éste en nombre y cuenta del representado, con el tercero, porque aquél es quien contrata y declara la voluntad, aunque en nombre y efecto del representado.

Y ¿Qué requisitos deben presentarse para que se dé la representación?. El jurista italiano Giuseppe Stolfi<sup>8</sup>, señala que deberán concurrir tres requisitos, y son los siguientes: 1) Que el representante declare su propia voluntad, 2) En nombre de otro, y 3) Que esté provisto del poder de representación.

Sin embargo, **el jurista argentino Mosset Iturraspe<sup>9</sup>**, crítica a esta teoría, porque en oposición a las anteriores teorías, hace indiferente la voluntad del representado, por lo que inclusive los vicios de la voluntad recaen en el

<sup>6</sup> SOTO NIETO, Francisco. "Aspectos fundamentales de la representación". Barcelona 1974. En: Revista Jurídica de Cataluña; jul—set., Año LXXIII, N° 3. p. 544.

<sup>7</sup> SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledo Perrot. p. 59.

<sup>8</sup> STOLFI, Giuseppe. "Teoría del negocio jurídico". Madrid 1959. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 231-232.

<sup>9</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Mandatos". Buenos Aires 1979. Editorial Ediar. p. 53.



representante. Esta teoría confunde los elementos del acto jurídico con los elementos del contrato, porque en un contrato es “parte” quien interviene en el acto asumiendo las obligaciones que deriven del acto, por lo que mal puede señalarse que el representante se constituye en parte del negocio, porque los efectos jurídicos del mismo no recaerán sobre él sino sobre el representado .

### **3.4.- TEORÍAS INTERMEDIAS**

#### **3.4.1.- TEORÍA DEL DOBLE CONTRATO**

Defendida por el jurista alemán Thöl, quién sostiene que la representación importa dos contratos distintos, uno conteniendo la investidura de poder en favor del representante (apoderamiento), que el jurista denomina contrato base, y otra la que realiza por efecto del contrato base el representante con el tercero finalmente.

Según los juristas españoles Roca Sastre y Puig Brutau, citados por Sánchez Urite refieren:

“La misión del representante consiste en transformar la voluntad general del representado en una voluntad suficientemente concreta para realizar una actividad volitiva propiamente jurídica, cuyo resultado es doble: dar origen a un contrato propio con el tercero y crear un contrato del representado con dicho tercero”<sup>10</sup>.

Esta teoría del doble contrato, confunde los alcances del poder y consiguientemente la voluntad del representante, porque el representante no puede transformar la voluntad del representado, de lo contrario, aparecería el representante con un rol de generador de la voluntad negocial en el negocio jurídico o acto jurídico.

#### **3.4.2.- TEORÍA DEL REPRESENTANTE CONDICIONADA POR EL REPRESENTADO**

A decir de Mosset Iturraspe<sup>11</sup>, Hupka es quien sostiene esta teoría, argumentando que el poder conferido por el representado es una condición y

<sup>10</sup> SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p. 57

<sup>11</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit. p. 59.

límite a la voluntad del representante. Este condicionamiento puede ser de mayor y/o menor intensidad. Participan en la ejecución del acto, aclarando que la voluntad del representante accede de manera limitada, de acuerdo a la intensidad impuesta por el representado mismo.

En esta teoría se restringe la participación del representante, quien se vería privado de emprender con discrecionalidad los distintos actos que conlleven a la realización del negocio encomendado. La restricción conduciría inevitablemente a un exagerado formalismo y literalidad al interpretar el poder conferido, lo cual también daría lugar a buscar vicios de la voluntad en el representante. El peruano **Anibal Torres Vasques**, en relación a esta teoría indica:

**“(...) El poder otorgado por el representado es la condición y límite de la voluntad del representante”<sup>12</sup>.**

Para el citado autor, el Código Civil Peruano se adscribe a esta posición, cuando señala:

**“En realidad, en la celebración del acto representativo, el representante manifiesta su propia voluntad dentro de los límites establecidos por el representado o por la ley. Este es el criterio seguido por nuestro Código que establece que el acto es anulable por vicios en la voluntad del representante, pero si el contenido del acto es total o previamente determinado por el representado, el acto es solamente anulable por vicios en la voluntad de éste (art. 163)”<sup>13</sup>.**

Ahora ¿Que opina el autor de esta postura doctrinaria?. Que, si bien es cierto del artículo 163º del C.C. de 1984, fluye que nuestro Código opta por la teoría del representante condicionado por el representado, toda vez que es diáfano que para el Código en materia de representación, es importante la voluntad del representante, y no de la del representado en la formación del acto jurídico, y en los casos pertinentes del contrato, sin embargo consideramos que el tema es polémico, y que en todo caso hay varias teorías que el Código asume de manera ecléctica, siendo que en el articulado se aprecia la presencia de muchos elementos de la Teoría de la Representación Autónoma, que es a criterio de Luis DIEZ PICAZO, es la teoría moderna de mayor predicamento y consagración en los

<sup>12</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.330

<sup>13</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.330-331.

Códigos civiles.

### 3.4.3.- TEORÍA DE LA COOPERACIÓN.

Los seguidores son Ferrari, Pugliatti, Betti, Mitteis y Tartufari, para quienes no existe diferencia entre la voluntad del apoderamiento y la voluntad determinante del acto, en el Perú el jurista Iturriaga Romero. El fundamento recae en la cooperación. Con respecto a la representación José Iturriaga Romero, precisamente encuentra su fundamento en la cooperación, al señalar:

“a) Fundamentos social – económicos:

La cooperación se funda en la solidaridad humana. Se presentía como ayuda que espontáneamente, causal, convenida o necesariamente se prestan los hombres entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo.

Históricamente, la cooperación fue, primero, material y luego siguió extendiéndose a otro tipo de actividades menos concretas. La cooperación material es la ayuda que una persona da a otra, directamente”<sup>14</sup>

La cooperación a su vez se basa en la solidaridad humana, señalando que:

“Se presenta como la ayuda que espontánea, causal, convenida o necesariamente se prestan los hombres entre sí. Es la colaboración que se presta a quien no puede o no quiere realizar un acto por sí mismo”<sup>15</sup>

También habla de una "Cooperación Material", referida a la ayuda directa de una persona a otra; y de otro lado la "Cooperación Jurídica", que según el referido autor:

**“La cooperación jurídica en cambio, es otro tipo de colaboración, destinado a concluir asuntos del principal con los terceros. Importa una extroversión, una actuación hacia afuera de los dos sujetos de la cooperación. No se limita como cooperación material, a la satisfacción de una necesidad inmediata del principal, sino que vuelca sus efectos hacia afuera de las relaciones internas entre ambos y alcanza a los terceros, para lograr así, pero en esa forma indirecta, también la satisfacción del interés del principal.**

**El fin de la cooperación jurídica es, por consiguiente, vincular al principal con el tercero.**

<sup>14</sup> José Iturriaga Romero. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 20.

<sup>15</sup> José Iturriaga Romero. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 20.

(...) Hay dos clases de cooperación jurídica: la sustantiva y la formal o fáctica.

La cooperación jurídica sustantiva responde a los conceptos que hemos visto y que corresponde a la cooperación jurídica en general, sus elementos son:

- a) actuación en lugar de otro;
- b) actuación ante terceros;
- c) actuación para un fin jurídico;
- d) actuación para concluir un acto jurídico en sentido amplio;
- e) Colaboración para ayudar a realizar un acto jurídico (factor sociológico - jurídico)"<sup>16</sup>

El referido jurista clasifica la cooperación jurídica, en dos: formal y sustantiva. La Formal, es aquella vinculada a la representación, porque según sustenta se refiere a la realización de un acto en lugar de otra persona ante terceros. La Sustantiva, incluye el factor sociológico-jurídico, unido a principios jurídicos de libertad, interés. Luego de este análisis, describe las formas de cooperación, señalando entre ellas a la sustitución y a la interposición, refiriéndose a la sustitución como:

**"Una persona se pone en lugar de otra, para ejecutar ante un tercero, un acto útil para la reemplazada como si el negocio fuera de esta última." <sup>17</sup>.**

Y refiriéndose a la interposición, como:

**" (...) La interposición,... es la colocación de un persona en lugar de otra, para ejecutar, ante un tercero, un acto útil para el interpuesto como si el negocio fuera suyo propio." <sup>18</sup>.**

El Jurista Emilio Betti, al desarrollar su teoría, la cual tiene influencia en un gran sector de la doctrina en los últimos años. Para Betti, así como el derecho real resuelve el problema de atribución de bienes, la obligación resuelve el problema de cooperación o de reparación en el caso de responsabilidad aquiliana. El mandato y la representación, son problemas de cooperación. Es decir, la representación importa un solo acto de voluntad, porque tanto representante y representado concluyen el negocio jurídico, pero uno de ellos, el representado, es parte. Asimismo, como hace notar Mosset Iturraspe<sup>19</sup>, la voluntad del representado tiene una medición extensiva e intensiva, de acuerdo a los roles y facultades a que se contrae el poder mismo.

<sup>16</sup> José Iturriaga Romero. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 21.

<sup>17</sup> Ob. Cit. p.24

<sup>18</sup> Ob. Cit. p.24

<sup>19</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Ob. Cit. p. 21.

Por su parte, el jurista peruano Aníbal Torres Vásquez, sostiene que la representación aparece como una respuesta del ordenamiento jurídico al problema social típico de la cooperación en la gestión y cuidado de los intereses ajenos, y encuentra su fundamento en la cooperación jurídica que presta una persona a otra que no puede o no quiere realizar un acto jurídico por sí misma, que es una forma de cooperación que tiene una importancia práctica considerable porque permite la realización de actos jurídicos en aquellos casos en que es imposible la actuación personal (lejanía, incapacidad, enfermedad) o no es aconsejable (ejemplo significa pérdida de tiempo para el interesado); hace posible que una persona pueda realizar varios actos jurídicos al mismo tiempo en el mismo lugar o en lugares distintos por más distantes que éstos se encuentren, multiplicando así las posibilidades de actuación del sujeto; además que hay actos jurídicos que no se pueden realizar sino mediante representante como es el caso de los incapaces y de las personas jurídicas. Por otro lado, el jurista peruano Fernando Vidal Ramírez, señala que la representación es una modalidad de cooperación, que se expresa a través de la sustitución, distinta a la interposición, que es aplicable a otros actos como la gestión de negocios y la representación indirecta; y que el Código Civil Italiano de 1942 habría acogido a esta teoría. Debe entenderse que la sustitución opera sólo para la celebración del acto con el tercero, mas no así para los efectos jurídicos. Si bien es cierto que el mérito de esta teoría radica en recuperar la importancia de la voluntad del representante, también es cierto que al concebir el acto de representación como uno solo, concurriendo las voluntades del representado y representante, no se explicarían los efectos del acto y las consiguientes responsabilidades para cada uno de los intervinientes. No existiendo delimitación en la concurrencia de voluntades, se concluiría en que la responsabilidad sería compartida por ambos en partes iguales, lo cual es absurdo. La teoría de la cooperación explica cómo se justifica la voluntad del representado en la representación legal, haciendo una extensión a la voluntad de la ley como generadora de la representación. La teoría de la cooperación, confunde una de las fuentes de la representación, esto es, cooperación, como fundamento de su naturaleza jurídica misma.

## **CAPÍTULO IV**

### **DERECHO CONSTITUCIONAL: REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.**

#### **4.1.- TEORÍA CONSTITUCIONAL.**

La Constitución es un cuerpo de normas jurídicas que contienen los derechos esenciales de las personas y que determinan la organización del Estado, pues constituye la base del ordenamiento jurídico de un país.

Desde fines de la segunda postguerra mundial se ha venido hablando de “Neo constitucionalismo”, ello en atención a que la Constitución dejó de ser un simple documento político, para convertirse en fuente básica y fundamental del ordenamiento jurídico, de aplicación práctica en todos los sectores jurídicos. Se ha debatido sobre los alcances del término, pero lo cierto es que tiene una indudable presencia en la vida jurídica.

La Constitución de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho esta llamada a ser la expresión de la voluntad nacional, es fundamento del sistema jurídico, siendo a la vez texto político y norma jurídica fundamental. Las normas constitucionales son de caracteres preceptivos, declarativos o imperativos, dictadas por el pueblo a través de sus representantes, en ejercicio de la soberanía y el poder constituyente o derivado. Etimológicamente la palabra “Constitución” proviene del latín *cum* (con) y *statuere* (establecer).

El celebre jurista **Hans Kelsen**, desde una perspectiva positiva, sostiene que la Constitución tiene dos sentidos, a saber:

**Sentido Lógico-Jurídico**, en cuanto fundamento de validez, en el que reposa el ordenamiento jurídico, toda vez que es la norma fundamental que no es creada conforme a un procedimiento jurídico, por lo cual no es una norma positiva debido a que nadie la ha regulado, y no es producto de una estructura jurídica. Es un presupuesto básico, a partir de ésta se va a conformar el orden jurídico, cuyo contenido está subordinado a la norma fundamental.

**Sentido Jurídico-Positivo**, toda vez que la Constitución es un supuesto que le otorga validez al sistema jurídico en su conjunto, y es la norma fundamental en la que descansa todo el sistema jurídico.

## **4.2.- EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.**

### **4.2.1.- ESTADO DE DERECHO**

Constituye la vigencia y respeto a los derechos y libertades fundamentales, equilibrada división de los órganos de poder, la determinación de las competencias, sometimiento de los órganos de poder al ordenamiento legal. El Principio de Legalidad caracterizaba al Estado de Derecho.

Esta institución, tiene como referente más remoto a Immanuel Kant, quien consideraba que el Estado tiene como límite la Libertad individual. Dentro del contexto histórico del llamado Mundo Occidental, se constituye el Estado Nación, Soberano, o Moderno, siendo su creador teórico el francés Jean Bodin (1530-1596), quien postula teóricamente en su obra “Les six livres de la République” (1576), Los seis libros de la República, obra fundadora. Sin embargo, tardó muchos años para que se conozca el “Estado de Derecho”, y ello ocurrirá en pleno siglo XIX, cuando el Estado Moderno era una realidad en todo el mundo; se comienza a hablar de “Estado de Derecho”, categoría conquistada para el Derecho y todas las civilizaciones

modernas, por los Neo-Kantianos de Izquierda de la Escuela de Marburgo, específicamente por Herman COHEN (1842-1918): "System der Philosophie" (Berlín 1921. Tomo II), Cohen sostenía que el Estado de Poder (der Machtsstaat) puede transformarse en Estado de Derecho (der Rechtsstaat), pero sólo a partir del momento en que cesa de estar a disposición exclusiva de los particulares intereses de clase. Posteriormente el gran jurista Hans Kelsen, encumbrará la categoría: Estado de Derecho. Entre otros aportes, permitió establecer un Orden Jurídico, a partir de la Constitución, y sustentado en la denominada "Pirámide legislativa kelseniana", principio consagrado en todas las Constituciones rígidas del mundo, más no, en las Constituciones Flexibles, (Artículo 51° de la Constitución del Perú de 1993).

#### **4.2.2.- ANTECEDENTES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.**

Desde el contexto Doctrinario, y considerando al Nomen Juris de las corrientes de ideas en el Derecho Constitucional para que se llegue al Estado Constitucional y los fundamentos jurídicos de la constitucionalidad, las ideas que tuvieron que recorrer fueron:

- a) Supremacía de la Constitución
- b) Jerarquía de las normas jurídicas
- c) Inviolabilidad de la Constitución

Una vez establecidas dichas ideas, fue una realidad el Estado Constitucional de Derecho. Estos fundamentos jurídicos se constituirán en principios constitucionales, que tutelarán tanto a los Derechos Fundamentales como a la Jerarquía de las Normas Jurídicas propiamente.

#### **4.2.3.- EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.**

Es un postulado del Constitucionalismo Social, el cual se genera con las Constituciones de Querétaro (1917), y Weimar (1919). Buscaba ser una alternativa del Estado de Derecho, políticamente apropiada por el Liberalismo y que tenía que dar respuestas a las profundas brechas sociales. Herman Heller, considera al Estado Social de Derecho, como una etapa



de transición que tiende hacia el Socialismo. Se diferencia del Estado de Derecho, por cuanto da acceso a demandas sociales no atendidas por el Estado de Derecho. Como el Derecho Colectivos: a la Huelga, Negociación Colectiva, Sindicalismo, seguridad social, derechos Individuales laborales, tales como vacaciones, salario y jornada laboral.

#### **4.2.4.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.**

Corresponde por primera vez al poeta Inglés Robert Southey en 1832, el uso del nomen juris. Al imperio de la Ley, se opone el Imperio de la Constitución con dos ideas centrales que apuntalan y son la supremacía de la Constitución y la separación de Funciones en el ejercicio del poder.

El Estado Constitucional de Derecho supera el principio de legalidad, se caracteriza por el "Principio de la Constitucionalidad". El primero se motoriza con una jurisdicción independiente de la administración, como es la jurisdicción del Poder Judicial; el Estado Constitucional se motoriza con una jurisdicción especial como es la jurisdicción constitucional, históricamente surgida en Europa después de la segunda Guerra Mundial, de hay expandida al llamado "Mundo Occidental", llegando a nuestro Continente Sur Americano en la Década de 1970, con la ola democrática de aquella época, consagrada en el Perú con la Constitución de 1979.

El Estado Constitucional enarbola la prevalencia de está sobre la Ley, la Constitución era reconocida como Código Político no como norma jurídica, con el Estado Constitucional de Derecho, no solo es reconocida como Norma Jurídica, sino que también como norma Jurídica Fundamental. El Estado Constitucional de Derecho, encuentra la autoridad fundadora del Derecho en la Constitución, expresión de la voluntad general, y es fuente que origina el orden Político, Jurídico, Social, y Económico. Se configura el aspecto cultural del Estado, se da cabida a los Derechos Culturales. No obstante, no es pacífica en doctrina su recepción; así para el jurista alemán Meter Häberle un elemento del Estado Constitucional es el Estado Social de Derecho; por otro lado para otro eminente constitucionalista Gustavo Zagrebelsky, catedrático de la Universidad de Turín, el concepto de Estado Constitucional de Derecho es alternativo al de Estado de

Derecho. El Estado sujeta su actividad a la Constitución, y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos hay prescritos. Para Zagrebelsky, el problema central es la relación del Derecho con el complejo y completo entramado étnico, religioso, político y cultural que regula. El postulado matriz es que las normas jurídicas no son fría expresión de intereses particulares, tampoco mera enumeración de principios universales e inmutables que alguien puede imponer y que los demás han de acatar, sino todo lo contrario. Si reconocemos la necesidad del Derecho en nuestras vidas, es necesario encauzar al Derecho como límite del poder, configurándose como la forma más perfecta que tenemos de encauzar la arbitrariedad con arreglo a ciertos parámetros lógicos. Esto es, es necesario la Ductilidad del Derecho, jurídicamente traducida en huida de los dogmas para convertir las Constituciones en textos abiertos (la "textura abierta del Derecho" de la que hablaba Hart), en donde los diferentes valores, incluso los heterogéneos, puedan coexistir en armonía y pacíficamente.

Siempre la posibilidad de desmembrar y deshilar toda idea, valor o principio, excluyendo la rigidez dogmática, de épocas anteriores, supone cuestionar y negar al Estado de Derecho, y apostar por el pluralismo jurídico, lo que ayudará a una dogmática fluida.

#### **4.3.- LAS CONSTITUCIONES PERUANAS.**

En la Historia del Perú, se observan que las Constituciones Peruanas, excepto las dos últimas, son Constituciones Normativas (1979, y 1993), puesto que involucran derechos y normas referentes a la seguridad jurídica y libertad, y se expresan de manera eficaz y eficiente; esto fluye del análisis que de ellas hacemos en base a los libros del constitucionalista más influyente de nuestros días Domingo García Belaúnde, publicada en coautoría con Walter Gutiérrez Camacho: "Las Constituciones del Perú"<sup>1</sup>, y del mayor historiador del Constitucionalismo peruano el maestro sanmarquino

---

<sup>1</sup> GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y Gutiérrez Camacho, Walter: *"Las Constituciones del Perú"*. Edición Oficial, Ministerio de Justicia. Lima 1993.

Juan Vicente Ugarte del Pino la "Historia de las Constituciones del Perú"<sup>2</sup>, características expuestas que nos permitirá comprender con mayor alcance el tema tratado.

La primera exteriorización política de libertad del Perú, se vivió hacia 1810 cuando se establece la Constituyente que dictará la **Constitución de Cádiz de 1812**. El Poder de la Corona Española, en época de Fernando VII, había entrado en un franco proceso de crisis. Cautivo de los franceses, un poder concentrado y centralizado, acéfalo, no tenía funcionamiento. Los Criollos, en Cádiz por primera vez experimentan que sus demandas políticas podían ser escuchadas y satisfechas, además esas demandas son declaradas con inspiración de las ideas liberales de moda en aquellos tiempos. Desde aquella Constitución, en el Perú rigieron las siguientes Constituciones:

**Estatuto Provisorio (08 de Octubre de 1821)**

**La Constitución de 1823**

**La Carta de 1826**, (llamada vitalicia y que nació muerta porque no rigió),

**La Constitución de 1828**

**La Constitución de 1834**

**La Constitución de 1836** (Constitución Política de la Confederación Perú Boliviana: Constitución del Estado Sud-Peruano)

**La Constitución de 1836** (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Constitución del Estado Nor-Peruano)

**La Constitución de 1836** (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Decreto del 28 de octubre de 1836. Establecimiento de la Confederación Perú-Boliviana)

**La Constitución de 1837** (Constitución Política de la Confederación Perú-Boliviana: Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana)

**La Constitución del año 1839.**

**Constitución de 1856.**

**La Constitución de 1860.**

---

<sup>2</sup> UGARTE DEL PINO, Juan Vicente: *"Historia de las Constituciones del Perú"*. Editorial Andina. Lima 1978.

**La Constitución de 1867.**

**La Constitución de 1920.**

**La Constitución de 1933.**

**La Constitución de 1979.**

**La Constitución de 1993.**

Las Constituciones Republicanas del Perú, fueron nominales o semánticas, y dicha cualidad caracterizó al Constitucionalismo, hasta después de la Segunda Guerra Mundial inclusive .

**Con la Constitución de 1979, si tenemos**

**TÍTULO I: DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES DE LA PERSONA.**

**CAPÍTULO II: DE LA FAMILIA**

**Artículo 5.-** El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley.

La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

**Artículo 6.-** El estado ampara la paternidad responsable.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad.

**Artículo 7.-** La madre tiene derecho a la protección del estado y a su asistencia en caso de desamparo.

**Artículo 8.-** El niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral.

**Artículo 9.-** La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable.

**Artículo 10.-** Es derecho de la familia contar con una vivienda decorosa.

**Artículo 11.-** La familia que no dispone de medios económicos suficientes, tiene derecho a que sus muertos sean sepultados gratuitamente en cementerios públicos.

#### **4.4.- LA CONSTITUCIÓN DE 1993.**

Sigue con las líneas matrices esenciales de lo establecido en la Constitución de 1979, su precedente inmediato, contempla regulación orgánica en el Título I, y en los dos primeros capítulos respectivamente para “Los Derechos Fundamentales de la Persona”, así como “De los Derechos Sociales y Económicos”. En el aspecto procesal, por otro lado, en el Título V dedica al tema “De las Garantías Constitucionales”, en la que innova con respecto a su predecesor inmediato, dos nuevas garantías: Habeas Data, y la Acción de Cumplimiento. Además la institución encargada de control concentrado de la constitución dejará de llamarse Tribunal de Garantías Constitucionales, para denominarse como Tribunal Constitucional propiamente .

Esta Constitución, también contiene normas que consagran a la Familia con una institución natural y fundamental de la sociedad, a saber:

### **TÍTULO I: DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD**

#### **CAPÍTULO II: DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ECONÓMICOS**

**Artículo 4.-** La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma de matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

**Artículo 5.-** La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

**Artículo 6.-** La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Tanto el Derecho Constitucional como el Derecho de Familia están muy relacionados. Es cierto que hasta la primera mitad del siglo XX, no podía plantearse que estas ramas del Derecho guardaban importante interdependencia, haciendo casi nula cualquier relación entre ambas, debido a la situación político-económica de aquellos tiempos. En la actualidad, sin embargo, es insostenible negar la relación entre ambas, por tanto no resulta para nada extraño que se busque resolver respecto a un asunto de Derecho de Familia recurriendo al Derecho Constitucional en primera instancia.

La base del Estado Constitucional, en el ámbito de la Familia, debe estar orientado a otorgar la más amplia tutela, brindando seguridad jurídica a las partes que se relacionan jurídicamente, como sostiene Peces Barba, sustentarse en cuatro Principios Rectores: Libertad, Igualdad, Solidaridad, y Seguridad Jurídica; en las cuales finalmente reposan los fundamentos de una sociedad ordenada y moderna.

## **4.5.- LAS PRINCIPALES CONSTITUCIONES DE AMÉRICA.**

### **4.5.1. ARGENTINA: CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1994)**

**Artículo 14 bis.**-El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: ...; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

### **4.5.2. BOLIVIA : CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO (2007)**

#### **SECCIÓN V: DERECHOS DE LA NIÑEZ, ADOLESCENCIA Y JUVENTUD.**

**Artículo 58.-** Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

#### **Artículo 59.-**

- I.** Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral.
- II.** Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.
- III.** Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación entre hijos por parte de los progenitores será sancionada por la ley.
- IV.** Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a la identidad y la filiación respecto a sus progenitores. Cuando no se conozcan los progenitores, utilizarán el apellido convencional elegido por la persona responsable de su cuidado.
- V.** El Estado y la sociedad garantizarán la protección, promoción y activa participación de las jóvenes y los jóvenes en el desarrollo productivo, político, social, económico y cultural, sin discriminación alguna, de acuerdo con la ley.

**Artículo 60.-** Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado.

**Artículo 61.-**

- I. Se prohíbe y sanciona toda forma de violencia contra las niñas, niños y adolescentes, tanto en la familia como en la sociedad.
- II. Se prohíbe el trabajo forzado y la explotación infantil. Las actividades que realicen las niñas, niños y adolescentes en el marco familiar y social estarán orientadas a su formación integral como ciudadanas y ciudadanos, y tendrán una función formativa. Sus derechos, garantías y mecanismos institucionales de protección serán objeto de regulación especial.

**SECCIÓN VI: DERECHOS DE LAS FAMILIAS.**

**Artículo 62.-** El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

**Artículo 63.-**

- I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.
- II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.

**Artículo 64.-**

- I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.



II. El Estado protegerá y asistirá a quienes sean responsables de las familias en el ejercicio de sus obligaciones.

**Artículo 65.-** En virtud del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y de su derecho a la identidad, la presunción de filiación se hará valer por indicación de la madre o el padre. Esta presunción será válida salvo prueba en contrario a cargo de quien niegue la filiación. En caso de que la prueba niegue la presunción, los gastos incurridos corresponderán a quien haya indicado la filiación.

**Artículo 66.-** Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.

#### **4.5.3. BRASIL: CONSTITUCIÓN (1988)**

**Artículo 226.-** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

**Artículo 226.-** La familia base de la sociedad, es objeto de especial protección por el Estado.

1. El matrimonio es civil y su celebración es gratuita.
2. El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley.
3. A efectos de la protección por el Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.
4. Se considera, también, como entidad familiar la comunidad formada por cualquier de los padres y sus descendientes.
5. Los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal serán ejercidos con igualdad por el hombre y por la mujer.
6. El matrimonio civil puede disolverse por divorcio, después de previa separación judicial por más de un año en los casos expresadas en la ley, o probándose la separación de hecho por más de dos años.
7. Fundado en los principios de dignidad de la persona humana y de paternidad responsable, la planificación familiar es libre decisión del casado, correspondiendo al Estado propiciar recursos educacionales y científicos para el ejercicio de ese derecho, prohibiéndose cualquier actuación coactiva por parte de instituciones oficiales o privadas.
8. El Estado garantizará la asistencia familiar en la persona de cada uno de los que la integran, creando mecanismos para evitar la violencia en el ámbito de sus relaciones.

**Artículo 227.-** Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida a la salud, a la alimentación, al a educación, al ocio, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de protegerlos de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

1. El Estado promoverá programas de asistencia integral a la salud del niño y del adolescente, admitiéndose la participación de entidades no gubernamentales y obedeciendo los siguientes preceptos: 1. aplicación de un porcentaje de los recursos públicos destinados a la salud en la asistencia materno-infantil. 2. Creación de programas de prevención y atención especializados para los portadores de deficiencia física, sensorial o mental, así como de integración social del adolescente portador de deficiencia, mediante la formación para el trabajo y la convivencia, y el favorecimiento del acceso a los bienes y servicios colectivos, con la eliminación de discriminaciones, y obstáculos arquitectónicos.

2. La ley regulará la construcción de los paseos públicos y de los edificios de uso público y la fabricación de vehículos de transporte colectivo, a fin de garantizar el acceso adecuado a las personas portadoras de deficiencia.
3. El derecho a la protección especial abarcará los siguientes aspectos: 1. edad mínima de catorce años para la admisión al trabajo, observándose lo dispuesto en el artículo 7, XXXIII; 2. garantía de derechos de previsión y laborales; 3. garantía del acceso del trabajador adolescente a la escuela; 4. garantía de pleno y formal conocimiento de la imputación de actos infractores, de la igualdad en la relación procesal y de la defensa técnica por profesional habilitado, según dispusiese la legislación tutelar específica; 5. obediencia a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición peculiar de la persona en desarrollo, en la aplicación de cualquier medida privativa de libertad; 6. estímulo del Poder Público, a través de asistencia jurídica, incentivos fiscales y subsidios, en los términos de la ley, al acogimiento, bajo la forma de guarda; del niño o adolescente huérfano o abandonado; 7. programas de prevención y atención especializada al niño y al adolescente dependiente de estupefacientes y drogas afines.
4. La ley castigará severamente el abuso, la violencia y la explotación sexual del niño y del adolescente.
5. La adopción estará asistida por el Poder Público, en la forma de la ley, que establecerá los casos y condiciones de su ejercicio por parte de extranjeros.
6. Los hijos habidos o no dentro de la relación matrimonial o por adopción, tendrán los mismos derechos y calificaciones, prohibiéndose cualquier diferencia discriminatoria relativa a la filiación.
7. En la atención a los derechos del niño y del adolescente se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 204.

**Artículo 228.-** Los menores de dieciocho años, sujetos a las normas de la legislación especial, son penalmente inimputables.

**Artículo 229.-** Los padres tienen el deber de asistir, criar y educar a sus hijos mayores tienen el deber de ayudar y amparar a los padres en la vejez, carencia o enfermedad.

**Artículo 230.-** La familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de amparar a los ancianos, asegurando su participación en la comunidad, defendiendo su dignidad y bienestar y garantizándoles el derecho a la vida . 1o. Los programas de amparo a los ancianos serán ejecutados preferentemente en su casas. 2o. Se garantiza a los mayores de sesenta y cinco años la gratuidad de los transportes colectivos urbanos.

#### **4.5.4. COSTA RICA.- CONSTITUCIÓN (1949)**

**Artículo 51.-** La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

**Artículo 52.-** El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

**Artículo 53.-** Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él.

Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

**ARTÍCULO 54.-** Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

**ARTÍCULO 55.-** La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.

#### **4.5.5. VENEZUELA: CONSTITUCIÓN (1999)**

**Artículo 75.-** El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

**Artículo 76.-** La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

**Artículo 77.-** Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

**Artículo 80.-** El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de seguridad social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde a aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.

**Artículo 81.-** Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas.

#### **4.5.6. APRECIACIÓN DEL AUTOR SOBRE LAS REGULACIONES CONSTITUCIONALES DE NUESTRA AMERICA.**

Como apreciación, cabe señalar que el derecho comparado constitucional americano, es pródigo en normas de tutela de la Familia, sin embargo también consagran normas que otorgan protección de la Familia tradicional, de origen monogamica, cristiana, conforme a la tradición cultural de nuestro hemisferio. No obstante, la realidad nos muestra un fenómeno mucho más complejo en cuanto a la figura jurídica de Familia, lo que en síntesis se viene a llamar la “Familia Disfuncional”, que expresamente no encuentra tutela jurídica en muchas cartas políticas. Además se observa que si bien se regulan algunos aspectos sobre la familia sin embargo no regulan expresamente sobre la protección de la Representación en el ámbito del derecho de familia.

#### **4.6.- LAS PRINCIPALES CONSTITUCIONES DE EUROPA.**

##### **4.6.1. ITALIA: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ITALIANA (1947)**

**Artículo 29.-** La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio.

El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia.

**Artículo 30.-** Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio.

En los casos de incapacidad de los padres, la ley dispondrá lo necesario para que sea cumplida la misión de los mismos.

La ley garantizará a los hijos nacidos fuera de matrimonio plena protección jurídica y social, en la medida compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima.

La ley dictara las normas y los límites de investigación de la paternidad.

**Artículo 31.-** La República estimulará a través de medidas económicas y otras providencias la constitución de la familia y el cumplimiento de las tareas inherentes a ella, dedicando atención especial a las familias numerosas.

Protegerá la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo a las instituciones necesarias para esta finalidad.

#### **4.6.2.- ESPAÑA: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

##### **Artículo 18.**

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en el sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

##### **Artículo 39.**

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

**Artículo 50.-** Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares,

promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

#### **4.6.3.- ALEMANIA: CONSTITUCIÓN DE ALEMANIA DE 1949.**

##### **Artículo 6.0. (Modificado 18/07/1979)**

1. El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal.
2. El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento.
3. En contra de la voluntad de las personas autorizadas para su educación, los hijos sólo podrán ser separados de sus familias en virtud de una ley, cuando las personas autorizadas para su educación no cumplan con su deber o cuando, por otros motivos, los hijos corran peligro de quedar abandonados.
4. Toda madre tiene derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad.
5. La legislación deberá asegurar a los hijos extramatrimoniales las mismas condiciones que para los hijos nacidos dentro del matrimonio en lo que respecta a su desarrollo físico y espiritual y a su posición social.

#### **4.6.4. APRECIACIÓN DEL AUTOR SOBRE LA REGULACION CONSTITUCIONAL EUROPEA.**

El derecho comparado constitucional europeo, es doctrinariamente prolijo a nivel de los países de civilización occidental. Tienen normas que tutelan la familia, a partir de un concepto de Derecho de Familia Occidental, que hunde sus raíces en el Derecho Romano.

Sin embargo, no consagra normas legales que otorguen protección a la figura jurídica de la Representación del Derecho de Familia, que actualmente se nos presentan, llámese “Familia disfuncional”. Si es fundamental el aporte Europeo, en cuanto a los Principios del Derecho de Familia, y desde dicho continente en innegable la influencia hacia el mundo, y específicamente a América del Sur, que en buena medida somos tributarios de la Cultura Occidental, como así se suele denominar a los aportes Europeos. En ese



sentido hay un interesante desarrollo doctrinario, específicamente en España, y con clara influencia en nuestro continente. Destacan por sus aportes los juristas Gregório Peches Barba, José Castin Toberas, Luis Díez Picazo y Ponce de León. A nivel del constitucionalismo se habla de números nuevos principios, como son el de Dignidad, considerado por muchos como un macro principio, y considerado como una premisa de la idea de justicia humana, y consagrado expresamente además en la Ley Fundamental de Alemania (Artículo 1,n.1. “La dignidad de la persona humana es inviolable. Toda autoridad pública está obligada a respetarla y protegerla”). Libertad, concretizado en el Derecho de Familia, como un poder de elección de una familia, o también libertad de acción, fundamentada en el respeto a la integridad moral, psíquica y física. El principio de igualdad, que tiene que ver con la equidad, proporcionalidad y sentido común; en fin hay muchos aspectos en los que la doctrina contribuye con la cultura jurídica.

## **CAPÍTULO V**

### **DERECHO POSITIVO INTERNACIONAL. CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES, RESPECTO A LA REPRESENTACION EN EL DERECHO DE FAMILIA.**

#### **5.1.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA AL ORDEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL.**

El Monarca Absoluto triunfa en el siglo XVI sobre los señores feudales y logra imponer su mandato constituyendo propiamente el Estado Moderno, y dentro de este contexto histórico el creador teórico del Estado Moderno, el francés Jean Bodin (1530-1596), asimila dicho concepto de soberanía a la Teoría Política. Con las ideas de los lus Naturalistas Racionalistas, la soberanía se traslada de manos del Monarca al Pueblo, a la ciudadanía, y desde entonces a la actualidad se habla del “Pueblo Soberano” (J.J Rousseau). Con las corrientes representativas, la democracia es un juego en que la soberanía pasa a ser ejercida por los gobernantes en base al mandato que los gobernados otorgan a los gobernantes. Y se da en considerar que la soberanía reside en los tres grandes órganos de poder del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Por las consideraciones expuestas la Soberanía supone Estados más o menos autárquicos, que logran fijar su normativa y ejercer su gobierno, su poder regido por leyes, a pueblos dentro de ámbitos territoriales perfectamente delimitados y definidos previamente.

Los autores de la Teoría del Estado, sostienen que el Estado Moderno, se encuentra estructurado por: 1) Territorio, 2) Población, y 3) Poder (Soberanía, capacidad para organizarse por sí mismo y autonomía, Indivisibilidad del

Poder). Uno de los especialistas más coherentes, es el célebre jurista alemán Georg JELLINEK, quién respecto al elemento territorio con ideas sostiene lo siguiente:

“La Tierra sobre que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio en que el poder del Estado, puede desenvolver su actividad específica (...) La tierra se denomina: territorio”. Además, más adelante señala: “La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa ... se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado”<sup>1</sup>

Siendo así, el territorio constituye un supuesto necesario del ejercicio del poder del Estado sobre sus ciudadanos, y de extranjeros que vivan en territorio patrio. El territorio es realidad física, y jurídica, por lo mismo fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad. Ello, implica calidades específicas del territorio, para poder funcionar, lo que el mismo Georg JELLINEK, se encarga de precisar en el sentido siguiente:

**“En virtud de la unidad e indivisibilidad del Estado, sus elementos son igualmente unos e indivisibles”<sup>2</sup>**

En relación al segundo elemento del Estado, la población que pertenece propiamente a un Estado, debemos señalar que forman en su totalidad la población del mismo y tiene en el Estado una doble función, a decir de Georg JELLINEK señala:

**“De un lado, es un elemento de la asociación (...) pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto”<sup>3</sup>**

A partir de Rousseau, se asignaba a todo hombre doble cualidad, esto es, ser Citoyen, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser Sujet, sometido a aquella voluntad. Asimismo, toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, y aquí viene el tercer elemento del Estado, el Poder que tiene a la soberanía como característica sustancial, al cual Georg JELLINEK concibe como:

---

<sup>1</sup> JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires Editorial Albatros 1981. Primera edición de 1900. p. 295.

<sup>2</sup> JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 301.

<sup>3</sup> JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 304.

**“La soberanía (...) significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado, es (...) el poder supremo e independiente”<sup>4</sup>**

Siendo además característica ineludible del Estado Moderno, la existencia de un poder del mismo, el cual no puede derivarse de ningún otro sino que tiene que proceder únicamente de sí mismo. El poder del Estado se ejercita, por medio de la existencia de un órgano independiente que provea de las exigencias de este poder. Entonces es necesaria la existencia de una organización propia y de una división del poder, por consiguiente unida a esta organización.

“El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como de una unidad; (...) Consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del poder (...) Poder dividido, supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas (...) La soberanía es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución (...) No hay soberanía dividida, fragmentaria, disminuida, limitada, relativa”<sup>5</sup>

Desde el paradigma moderno de la historia del Estado y Derecho Peruano, es necesario observar un Poder Judicial, en equilibrio de sus pares: Legislativo, y Ejecutivo. Las críticas, se perfilan en ese sentido, se han dicho que el órgano judicial ha sido débil, y corrupto, incapaz de tutelar frente al Estado, los derechos fundamentales, siempre avasallado en sus fueros por los otros dos órganos del Estado. Ninguno de los críticos del órgano judicial, ha hecho esfuerzo por entender el despliegue de nuestra historia, de escasa presencia civil en un primer momento en el poder y de profundo autoritarismo legitimado por las armas luego.

## **5.2.- PODER JURISDICCIONAL, ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL, Y NORMAS INTERNACIONALES.**

El Estado Moderno consagró el principio de indivisibilidad del poder, que Montesquieu concebía en la doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente. El poder del Estado se exterioriza mediante la existencia de un órgano independiente que provea a las exigencias

<sup>4</sup> JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 356.

<sup>5</sup> JELLINEK, Georg. Ob. Cit. p. 373

de este poder. En atención a ello el Poder, tiene direcciones fundamentales, y son las Funciones legislativa, ejecutiva, y judicial. Los tres órganos de poder cumplen con ejercer las tres funciones, y no es que se trate de funciones distintas y de compartimientos estancos, si no que se trata de manifestaciones de un único poder, el poder del Estado. Desde esa perspectiva, vemos que no sólo el Legislativo (Formaliza Denuncia Penal, en cuyo caso la participación del Ministerio Público y del Juez Penal, es puramente formal), y Ejecutivo (Controla el Sistema de Conciliación y Notariado, quienes ejercen función jurisdiccional), tienen función jurisdiccional, sino que además surge un proceso de '*Desjudicialización*' de la Resolución de conflictos jurídicos, e incertidumbres de derecho. En ese sentido, el propio Constituyente de 1993, estableció todo un Sistema de '*Desjudicialización*', encaminados a despojar de naturaleza judicial a determinados asuntos que pueden perfectamente ser de conocimiento de otra clase de funcionarios. Enfocados como mecanismos alternativos de resolución de conflictos comprenden cuatro figuras básicas: Negociación, Mediación, Conciliación, y Arbitraje. La Constitución, reconoce explícitamente la última 'jurisdicción arbitral' (artículo 139 Numeral 1, 2 párrafo.), aún cuando los laudos arbitrales se han susceptibles de impugnación ante el Poder Judicial. El constituyente, le rodea de una manto protector especial mediante una norma expresa que faculta al Estado y a las demás personas de Derecho Público a someter las desavenencias surgidas de la celebración o ejecución de contratos 'a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo dispone la ley' (artículo 63, párrafo 3). Además, normas dispersas del texto constitucional acogen, de modo implícito, las otras figuras alternativas. La justicia de paz (artículos 149 y 152) supone la asunción de tramitar y resolver las controversias, haciendo uso de mecanismos de Negociación, Mediación, y Conciliación, denominado MARC.

Adicionando a esto, está el fenómeno, por el cual los Estados son capturados en la red de los poderes públicos ultraestatales, constituida por ellos mismos. El fenómeno más evidente son las organizaciones intergubernativas, mundiales, y regionales. Sobre el particular, el jurista italiano, Sabino CASSESE, señala:

“Eran 123 en 1951, 280 en 1972, 395 en 1984. Con injerencia en las materias más diversas, desde el transporte aéreo a la conservación de la fauna, desde la policía a las aduanas, y a los materiales peligrosos (...) El global governance va más allá de los organismos intergubernativos, desarrollados lentamente en la primera mitad del siglo XX y más velozmente en su segunda mitad, que ahora han alcanzado masa crítica ... Y están en competencia con los Estados, ya que los atrapan en una red muy estrecha. Existen los poderes públicos in nuce (...) constituidos por (...) los jefes de Estado o de gobierno de los siete países más industrializados. Existen organizaciones internacionales que no responden al modelo Drummond, como el Club de París. Existen (...) cortes internacionales: jurisdiccionales penales (ad hoc, instituidas en 1993 y en 1994, o generales, como la Corte Penal Internacional), el órgano de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal sobre el Derecho del Mar”<sup>6</sup>

### **5.3.- CARACTERÍSTICAS ACTUALES DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL.**

El signo distintivo característico, está en el hecho que no exista monopolio del poder estatal, esto es, que no existe omnipresencia del Estado Moderno, no hay un solo sujeto en el escenario social, no hay un global government, aunque exista un global governance. Provoca un aumento del número de los productores de derecho, y de personas con potestad jurisdiccional. Resultado la pérdida de completud, de sistematicidad y de unidad del organismo jurídico, a favor de la informalidad y del desarrollo de zonas grises. A decir de Sabino CASSESE señala:

“En la segunda mitad del siglo XX se producen dos cambios, (...) cuantitativo (...) cualitativo. El primero (...) crecimiento del número de los poderes públicos internacionales. Este es cuadruplicado en los años setenta, aumentando después (...) a ritmo sostenido (...) Segundo (...) tareas de los poderes públicos internacionales (...) Aquellos que conservan el sello convencional del Derecho Internacional dominado por los Estado y que constituyen (...) fórum de debate, negociación y acuerdo, se han unido organismos con tareas propias y poderes de regulación. Por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio tiene un poder regulatorio en relación con derechos aduaneros, la industria y servicios, la propiedad industrial y los contratos de la administración pública (...) a estos cambios se agrega otro, (...) el vaciamiento de los Estados, que ceden sus poderes al mercado”<sup>7</sup>

El Estado de Derecho, ha sido rebasado por la realidad, en cuanto a la función jurisdiccional, observamos que la llamada Administración de Justicia, conoce de nuevos inquilinos que conforman un panorama complicado, no sólo por causas endógenas sino también exógenas, de esa manera se comprueba

<sup>6</sup> CASSESE, Sabino. “La Crisis del Estado”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2003. pp. 74-75.

<sup>7</sup> CASSESE, Sabino. “La Crisis del Estado”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires 2003. pp. 82-83.

que las Funciones Jurisdiccionales del Poder Judicial ha variado enormemente. En el paradigma tradicional del funcionamiento de la Administración de Justicia, los ciudadanos forman necesariamente parte de un ordenamiento jurídico exclusivo, y excluyente, las personas no podían elegir qué Administración de Justicia resolvería sus conflictos, el ordenamiento era un dato y en el centro se encontraba el Estado, y en esta posición de superioridad institucional, la ley aseguraba la medida y el control del poder público y circunscribía sus competencias. La acción estatal estaba rígidamente planificada por la ley, que establecía derechos y deberes para el orden público. Es el modelo del poder legal, racional, previsible, medible y controlable. Las esferas públicas y privadas, estaban determinadas y permanecían estables no había convergencia sino contraposición. Este panorama estableció una jerarquía normativa vertical, La Pirámide de Kelsen.

El reconocido italiano Sabino CASSESE, refiere que en hogaño se verifica grandes cambios de estos paradigmas, a saber:

- Se registra el pasaje de una estructura ordenada desde lo alto a un esquema de auto ordenación, el ordenamiento jurídico, que era un dato, se transforma en una elección, del lado de la “demanda del derecho”, el operador puede realizar una elección. La elección es admitida para la búsqueda de la mejor tutela de Derechos, puestos en competencia.
- El Paradigma de la Elección o ‘mercantilización’ (como dice Sabino CASSESE) de las instituciones desmiente el paradigma tradicional por el cual la Administración de Justicia emanada del Poder Judicial se imponen a los particulares.
- El Monismo Estatal, que aparece como una organización compacta se sustituye un conglomerado de derechos también incompatibles, pero provisto de normas de conflicto y reglas, que deciden qué normas aplicar al caso concreto.
- El policentrismo, y los consecuentes conflictos salen del Estado, salen hacia un escenario público más amplio. En el centro no está más el Estado, sino las diversas formas de integración.
- La libertad de formas propia del derecho privado, se extiende al proceso. Pasan a primer plano la negociación en lugar del procedimiento, la libertad de

forma en lugar de la tipicidad. La secuencia procedimental se adapta a la necesidad del acuerdo. Si en el modelo tradicional estaba decidido, determinado en forma secuencial (el procedimiento) y de ponderación (la discrecionalidad de la decisión), hoy la resolución de conflictos se dan de manera distintas.

- Las relaciones entre lo público y lo privado, no son sólo bipolares, sino son multipolares, un operador nacional puede moverse en conjunción con una administración supranacional y en oposición a la propia administración nacional y a otro operador del propio país.
- Se percibe una División internacional de la actividad administrativa, con "La 'Positive comity' ("Cortesía positiva" es una forma de cooperación que mejora la eficacia y la eficiencia de la aplicación de la legislación sobre competencia en los casos internacionales.
- La unidad del gobierno, es sustituida por una fragmentación de los cuerpos públicos que intervienen con injerencia en la vida pública, y económica, con presencia de organismo tuteladores de derechos fundamentales, y reguladores, en muchas áreas con reglas internacionales inexorables.

Siendo que el Estado ha perdido la Soberanía y sobre todo jurisdicción, perdiendo todo anclaje nacional. A nivel internacional, más que la institución de nuevos órganos con facultades, ciertas facultades jurisdiccionales inclusive.

#### **5.4.- PRINCIPALES NORMAS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.**

Respecto a las normas internacionales en la presente investigación es pertinente transcribir las relacionadas a la OEA.

**CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE RÉGIMEN LEGAL DE PODERES PARA SER UTILIZADOS EN EL EXTRANJERO (PANAMÁ: 30 de enero de 1975)**



**Artículo 1**

Los poderes debidamente otorgados en uno de los Estados Partes en esta Convención serán válidos en cualquiera de los otros, si cumplen con las reglas establecidas en la Convención.

**Artículo 2**

Las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que hayan de ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgante prefiera sujetarse a la ley del Estado en que hayan de ejercerse. En todo caso, si la ley de este último exigiere solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá dicha ley.

**Artículo 3**

Cuando en el Estado en que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 7 de la presente Convención.

**Artículo 4**

Los requisitos de publicidad del poder se someten a la ley del Estado en que éste se ejerce.

**Artículo 5**

Los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde éste se ejerce.

**Artículo 6**

En todos los poderes el funcionario que los legaliza deberá certificar o dar fe si tuviere facultades para ello, sobre lo siguiente:

- a. La identidad del otorgante, así como la declaración del mismo acerca de su nacionalidad, edad, domicilio y estado civil;
- b. El derecho que el otorgante tuviere para conferir poder en representación de otra persona física o
- c. La existencia legal de la persona moral o jurídica en cuyo nombre se otorgare el poder;
- d. La representación de la persona moral o jurídica, así como el derecho que tuviere el otorgante para conferir el poder.

**Artículo 7**

Si en el Estado del otorgamiento no existiere funcionario autorizado para certificar o dar fe sobre los puntos señalados en el artículo 6, deberán observarse las siguientes formalidades:

- a. El poder contendrá una declaración jurada o aseveración del otorgante de decir verdad sobre lo dispuesto en la letra a) del artículo 6;
- b. Se agregarán al poder copias certificadas u otras pruebas con respecto a los puntos señalados en las letras b), c) y d) del mismo artículo;
- c. La firma del otorgante deberá ser autenticada;
- d. Los demás requisitos establecidos por la ley del otorgamiento.

**Artículo 8**

Los poderes deberán ser legalizados cuando así lo exigiere la ley del lugar de su ejercicio.

**Artículo 9**

Se traducirán al idioma oficial del Estado de su ejercicio los poderes otorgados en idioma distinto.

**Artículo 10**

Esta Convención no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de poderes hubieran sido suscritas o se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes; en particular el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940, o las prácticas más favorables que los Estados Partes pudieran observar en la materia.

**Artículo 11**

No es necesario para la eficacia del poder que el apoderado manifieste en dicho acto su aceptación. Esta resultará de su ejercicio.

**Artículo 12**

El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un poder cuando éste sea manifiestamente contrario a su orden público.

**Artículo 13**

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 14**

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 15**

La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 16**

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

**Artículo 17**

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

**Artículo 18**

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

### **Artículo 19**

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Dicha Secretaría notificará a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en el artículo 17 de la presente Convención.

### **B-38: CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE REGIMEN LEGAL DE PODERES PARA SER UTILIZADOS EN EL EXTRANJERO** (PANAMA FECHA: 01/30/75)

EN VIGOR: 01/16/76 CONFORME AL ARTÍCULO 16 DE LA CONVENCION DEPOSITARIO: SECRETARIA GENERAL OEA.

PAISES SIGNATARIOS: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela. Perú, suscribió el 30 de enero de 1975.

México, Paraguay, Firmaron ad referendum. Argentina, y México, efectuaron Declaraciones interpretativas hechas al ratificar la Convención. La República Argentina interpreta que también la validez intrínseca del poder, se sujeta a la ley del Estado donde éste se ejerce; además la República Argentina interpreta, con relación al artículo sexto, que la expresión "funcionario que los legaliza", se refiere a aquel funcionario ante quien pasa o quien autoriza el documento. Los Estados Unidos mexicanos interpretan el Artículo 5 de esta Convención Interamericana en el sentido de que se entenderá que el mandato ha sido extendido con toda la amplitud prevista por el Artículo 4 del Protocolo mencionado en el Artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero.

En las Leyes, Convenciones, Tratados, sino se encuentra específicamente regulados el mandato y poder, para otorgar estos actos, es necesario regular en las normas de tutela de la Autonomía de la Voluntad. Es preciso mencionar que esta se invoca la autonomía de la voluntad, y es consagrado por los Principios de Unidroit (artículo 1.1), el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (2°), Los Principios del Derecho Europeo de Contratos (artículo 1102). Además que en la Convención de Viena del año 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, consagra con fuerza la autonomía de la voluntad, reconociendo a las partes la facultad de excluir total o parcialmente la aplicación de su disposiciones o modificar sus efectos (artículo 6). La Convención Interamericana de México – Año 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, dispone que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes (artículo 7), y limitado por las leyes imperativas, faculta a los contratantes el dépeçage (desguace), consistente en la facultad de elegir total o parcialmente el derecho aplicable al caso concreto .

## **5.5.- MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL BÁSICO DE TUTELA DE LA FAMILIA Y DE LA NIÑEZ.**

El tema de los derechos de la niñez ha sido terreno fértil para la actividad normativa. Si bien es cierto que no existen normas internacionales específicas que regulen la Representación en el Derecho de Familia, si hacen mención a esta de manera implícita, cuando hacen referencia a la protección de la niñez. Los instrumentos internacionales, se centran más en regular aspectos penales, laborales, tanto así que recientemente han entrado en vigor dos protocolos facultativos a la Convención sobre los derechos del niño, uno relativo a la participación de niños en conflictos armados, y el otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, además existen tres instrumentos importantes sobre la problemática del adolescente frente al sistema penal que son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990 (Directrices de Riad) y las

Reglas de las Naciones Unidas sobre la protección de menores privados de libertad, también de 1990. También existen varios convenios internacionales del trabajo sobre la edad mínima para las distintas formas de empleo, de los cuales los más relevantes en la materia son el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la edad mínima, de 1973, y el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999. Por último, cabe mencionar la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974. Por otro lado, tenemos dos instrumentos complementarios relativos al tema de la atención al niño privado de su entorno familiar, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986, y el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

En las siguientes líneas reproducimos los instrumentos internacionales más importantes referidos a la tutela de la Familia y la Niñez:

## **DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS**

### **Artículo 16**

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

### **Artículo 25**

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

## **DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (DECLARACIÓN AMERICANA)**

### **Derecho a la constitución y a la protección de la familia**

**Artículo VI.** Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, ya recibir protección para ella.

**Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.**

**Artículo VII.** Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

## **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP)**

### **Artículo 17. Protección a la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

### **Artículo 19. Derechos del niño**

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

### **Artículo 23**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

### **Artículo 24**

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

## **CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (CONVENCIÓN AMERICANA)**

### **Artículo 17. Protección a la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

### **Artículo 19. Derechos del niño**

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

## **DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959.**

### **PREÁMBULO**

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,' (... )

### **Principio 2**

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.

Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

### **Principio 6**

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...).

### **Principio 8**

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

## **CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1989.**



**Artículo 1**

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

**Artículo 3**

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

**Artículo 5**

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

**Artículo 9**

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adaptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.
2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.
3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.
4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

**Artículo 18**

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

## **PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PIDESC)**

### **Artículo 10**

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

## **PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (PROTOCOLO DE SAN SALVADOR)**

### **Artículo 16**

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

## **CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER**

### **Artículo 5**

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus *hijos*, en la *inteligencia* de que el *interés* de los *hijos* constituirá la *consideración* primordial en todos los casos.

### **Artículo 16**

1. Los Estados Partes adoptarán todas las *medidas* adecuadas para *eliminar* la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, cura, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;

h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

## **5.6.- LA REPRESENTACIÓN EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

El derecho de la niñez a una protección especial fue reconocido por la normativa internacional social a inicios del siglo XX. De los seis convenios adoptados durante la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, en 1919, dos establecían una edad mínima para distintos tipos de empleo y otro se dedicó a la protección de la maternidad. En 1924 la Sociedad de las Naciones adoptó la primera declaración sobre los derechos del niño, conocida como la Declaración de Ginebra. No obstante, no fue sino a finales del siglo XX, cuando se reconoció plenamente al niño como sujeto de derechos. En efecto, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Declaración Americana, el PIDCP y la Convención Americana reconocen el derecho del niño a una protección especial. La Declaración Universal emplea la fórmula "*cuidados y asistencia especiales*". Esta terminología y su ubicación en el párrafo segundo de un artículo dedicado al derecho del niño a un nivel de vida adecuado, sugiere un concepto asistencialista de los derechos del niño. La Declaración Americana emplea la fórmula "*protección, cuidados y ayuda especiales*", reconocidos como derecho de todo niño y toda mujer "*en estado de gravidez o en época de lactancia*". El PIDCP y la Convención Americana reconocen el derecho del niño a "*las medidas de protección que su condición de menor requiere*", concepto vago pero abierto. El artículo pertinente del PIDCP también consagra, en cuanto derechos del niño, el derecho a un nombre y a una nacionalidad.

Algunos otros aspectos del derecho del niño a una protección especial son reconocidos expresamente por otras disposiciones de estos grandes tratados

de derechos humanos, en particular el derecho a no ser condenado a la pena de muerte, a no ser encarcelado junto con adultos y a ser procesado "*con la mayor celeridad*" artículos 6.5 y 10.2 b; artículos 4.5 y 5.5 de la Convención Americana. La Convención Americana también reconoce el derecho del niño acusado de una infracción penal a ser llevado ante un tribunal especializado (art. 5.5). La segunda Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en 1959, consagra algunos principios de fundamental importancia en esta materia. En primer lugar, el derecho del niño a una protección especial se vincula con el concepto del desarrollo integral del niño y de su libertad y dignidad (Principio 2). En una disposición se reconocen las necesidades psicoafectivas del niño y sus implicaciones en la unidad de la familia y en el cuidado del niño privado de ésta (Principio 6). Asimismo, se reafirma el principio conocido hoy día por el lema "*el niño primero*" (Principio 8). Se reconoce la importancia de medidas legislativas para el reconocimiento y protección de los derechos del niño, así como la importancia del "*interés superior*" del niño como norte que debe orientar toda legislación en la materia (Principio 2). No obstante estos avances, la Declaración se caracteriza por un énfasis en los derechos sociales y un concepto del niño como objeto de protección, sin protagonismo propio.

Este esquema se rompe con la elaboración y adopción en 1989 de la Convención sobre los derechos del niño. La Convención contiene 40 artículos sustantivos, bastante más que la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana, o la Convención Americana.

El análisis del contenido de un instrumento de esta naturaleza escapa a los límites y objetivos de una investigación como la presente, sobre todo tomando en cuenta que muchas de las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño establecen o regulan derechos sociales y culturales. Además, no existe jurisprudencia sobre esta Convención porque el Comité de los Derechos del Niño, establecido por ella, carece de competencia para conocer casos. Una característica importante de la Convención sobre los derechos del niño son las numerosas referencias a otros instrumentos internacionales. Sólo su Preámbulo hace referencia no sólo a las Declaraciones de los Derechos del Niño de 1924 y de 1959, a la Carta de las

Naciones Unidas, a la Declaración Universal y a los dos Pactos Internacionales, sino también a las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores, a la Declaración de 1986 sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, y a la Declaración de 1974 sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.

La parte sustantiva de la Convención también contiene referencias importantes a otros instrumentos internacionales. El artículo 11.2 establece el deber de los Estados de concertar o ratificar acuerdos internacionales que tengan como propósito prevenir y reducir el traslado y la retención ilícita de niños, y el artículo 21 e) establece una obligación similar para los Estados donde la adopción internacional es permitida. El Comité de los Derechos del Niño ha indicado que una manera idónea de cumplir con esta obligación es mediante la ratificación de los Convenios de La Haya sobre efectos civiles de la sustracción de menores de 1980 y sobre la cooperación en materia de adopción Internacional de 1993. De esta manera, la Convención sobre los derechos del niño sirve para articular la normativa de origen diverso en un solo *corpus juris*.

## **CAPÍTULO VI**

# **LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA**

### **6.1.- CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN**

La representación es abordada desde varias perspectivas, encontrándola dentro de las distintas instituciones jurídicas. Se confundió con el mandato, por cuanto se la consideraba como un contrato, o elemento de este. A raíz de su posterior desenvolvimiento se desarrollo su autonomía, primero sólo doctrinariamente, posteriormente además a nivel de legislación ha sido admitida, descartándose el criterio sólo contractual que se le daba. Más allá de las múltiples posiciones doctrinarias, se percibe que los diversos conceptos alcanzados por los juristas se vinculan con la forma como se califique su naturaleza jurídica. Teniendo presente esta precisión, se puede retomar de las perspectivas jurídicas la idea central; que el concepto de representación se entiende como que el representante emite la declaración de voluntad, con las facultades del poder del cual está investido, donde expresa la voluntad del representado, que también se hace manifestar en el instante celebrar el acto con el tercero que interviene.

A nivel doctrina nacional, el jurista José León Barandiarán, en relación a la Representación entiende que:

“El negocio jurídico puede ser realizado directamente por la persona a quien él mismo concierne, o por otra que obre en nombre de aquél. Se presenta entonces el instituto de la representación. El Código nacional no trata de este instituto como lo hacen los códigos alemán (...). El Código nacional repara en el contrato de mandato (art.1627 y ss.) (art. 1790 y ss., C.C. 1984) y en el de gestión de negocios (art.1656 y ss.) (art. 1950 y ss., C.C. 1984). Pero la representación

rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual y aquélla puede derivar de una determinación legal (tutela) o judicial (síndico en caso de falencias, curador para sucesión vacante)"<sup>1</sup>

La representación en la doctrina española, en voces autorizadas de los juristas españoles Luis Diez Picazo y Antonio Gullon, consideran lo siguiente:

**"La representación es una institución enormemente compleja, con unos perfiles no demasiado bien definidos y que, además, son objeto de contradictorias opiniones en la teoría del Derecho civil. Añádase a ello la inexistencia de una consideración específica de la representación en nuestro Código civil para tomar conciencia de las dificultades del tema."**<sup>2</sup>

Así también, el jurista peruano Aníbal Torres Vásquez, señala que:

"La representación es pues una forma de cooperación que tiene una importancia práctica considerable porque permite la realización de actos jurídicos en aquellos casos en que es imposible la actuación personal (lejanía, incapacidad, enfermedad, etc.) o no es aconsejable (v. gr. significa pérdida de tiempo para el interesado). Hace posible que una persona pueda realizar varios actos jurídicos al mismo tiempo en el mismo lugar o en lugares distintos por más distantes que éstos se encuentren, multiplicando así las posibilidades de actuación del sujeto. Hay actos jurídicos que no se pueden realizar sino mediante representante como es el caso de los incapaces y de las personas jurídicas"<sup>3</sup>

Por su parte, el jurista José ITURRIAGA ROMERO, postula una concepción más sistemática de la representación, y estudia la figura jurídica desde dos planos del conocimiento, considerando la representación en sentido estricto y amplio:

#### **La representación en sentido estricto:**

"El concepto de la representación en sentido estricto contiene los elementos siguientes:

- es un hecho jurídico.
  - que tiende a la cooperación jurídica, o sea a actuar para otro frente a otros.
  - mediante una declaración de voluntad propia
  - de que se actúa en nombre ajeno.
  - para que repercuta sobre una esfera jurídica ajena;
  - y que se desarrolla en el campo de la autonomía privada.
- (...) concepto restringido de la representación, es decir de la representación directa"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> LEON BARANDIARAN, José. "Acto Jurídico". Lima 1997. Gaceta Jurídica Editores. p. 84.

<sup>2</sup> DIEZ PICAZO, Luis (Coautor: GULLÓN, Antonio). "Sistema de Derecho Civil" Madrid 1994. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. p. 579.

<sup>3</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. "Acto Jurídico". Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 331

<sup>4</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 69.

### La representación en sentido amplio:

"La representación en sentido amplio ésta constituida (...)

- a) sujetos
- b) declaración de voluntad
- c) interés
- d) autorización y
- e) Cooperación jurídica"<sup>5</sup>

Se tiene conocimiento que la representación fue desarrollándose, como toda institución jurídica, por el cauce histórico en razón de exigencias de carácter práctico, ligadas a un sistema de producción y distribución de bienes y servicios fundado siempre sobre una división del trabajo cada vez más dinámico, exigente, y expansivo. En orden a esas circunstancias, a través de la historia del derecho se han ensayado diversas explicaciones y conceptos para entender a la representación, entre las principales tenemos las que en seguida reproduciremos: **1) POTHIER:** "*Qui mandat, ipse fecisse videtur*. Esas personas son reputadas haber sido ellas mismas partes contratantes por el ministerio de su asociado, de su delegado, de su marido" (POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, n° 79). **2) SAVIGY:** "El representante, un simple *portador de mi voluntad*" (SAVIGY, *Le obbligazioni*, p. 55 ss.). **3) SAVIGY:** "Extensión de la capacidad natural, por la voluntad de aquel a quien pertenecen los derechos que deben surgir o extinguirse" (SAVIGY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 3, § 122). **4) PUCHTA:** "Monstruosidad lógica" (PUCHTA)." **5) WINDSCHEID:** "Contrato por medio de la voluntad de otro" (WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrecht*, I, § 73 y II, § 313). **6) IHERING:** "Cooperación del representante y el representado en la producción del efecto jurídico", "Separación de la causa y el efecto del acto: la causa, la acción que concierne a la persona del representante; el efecto, el derecho concerniente al representado" (IHERING, *El espíritu del derecho romano*, § 63). **7) PLANIOL et RIPERT, ESMEIN :** "Medio para obtener por conducto de la voluntad de otro los mismos efectos que si uno mismo hubiera obrado" (PLANIOL et RIPERT, ESMEIN, *Traité Pratique de droit civil francais*, VI, *Obligations*, I, p. 71). **8) BARASSI:** "Desviación de los efectos normales del acto jurídico. Poder creador de la voluntad del representante" (L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1921, p. 176 ss.). **9) PUGLIATTI:** "La manifestación de voluntad

<sup>5</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 70.



de uno de los sujetos (el representado) está constituida por la síntesis del *acto de decisión* del interesado, que es el elemento formal, y de la *voluntad del contenido*, provista por el representante" (PUGLIATTI, *Idee e spunti sulla rappresentanza*. Año 1929-30, ahora en *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 221). **10) FLUME:** "Autorización del representado al representante" (FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, § 43.3, p. 754). **11) CLARISE:** "El principio de la representación se encuentra en el poder creador de la voluntad del representante: el representante delimita el contenido de una obligación al que el poder le da vida" (CLARISE, *De la représentation*, n° 88). **12) BIANCA:** "Sustitución, que la ley ordena o permite, de una persona por otra" (BIANCA, *Il contratto*; n° 35, p. 81). **13) H. et. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS:** "La persona sustituida no es más que la prolongación de la que la sustituye" (H. et. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, I, *Obligations, Théorie générale*, p. 139). **14) M. STORCK:** "Técnica de realización de un acto jurídico, conformada por tres elementos: voluntad de obrar, ejercicio de un derecho subjetivo y establecimiento de un vínculo jurídico" (M. STORCK, *Recherches sur le mécanisme de la représentation*, Paris, 1982). **15) LENEL, MITTEIS:** "Cooperación de voluntades, concurso de los dos sujetos implicados en la vicisitud" (LENEL, MITTEIS). **16) BETTI:** "La disposición de intereses es en un todo obra de una persona (el representante), en tanto que los efectos jurídicos correspondientes se producen íntegros en cabeza de otra persona (el representado)" (BETTI, *Teoría generale del negozio giuridico*, p. 554). **17) CARIOTA-FERRARA:** "Sub-especie de la sustitución, cuando se realiza un negocio por otro; sustitución en la actividad negocial" (CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, p. 578 s.). **18) SANTORO PASSÁRELLI:** "Acto realizado exclusivamente por el representante, tanto en cuanto al elemento síquico, como al elemento material. En el negocio, la voluntad negocio es exclusivamente la del representante" (SANTORO PASSÁRELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, p. 286). **19) DIDIER:** "Disociación entre quien obra y quien recibe los efectos; una forma particular de imputación derogadora: la voluntad del representado se vuelve indiferente" (DIDIER, *De la représentation*, n° 167 y 203). Citas de los conceptos editados

por el recurrente investigador, de la referencia bibliográfica tomada de Fernando Hinestrosa<sup>6</sup>, quien a su vez cita a Nicolas Dissaux en “La qualification d’intermédiaire dans les relations contractuelles”. LGDJ. París 2007. p. 180, y siguiente, de la citada bibliografía.

Se presenta necesariamente la figura de un *dominus*, interesado, o principal; así como de un representante, apoderado o gestor, este es quien actúa, el otro es quien recibe los efectos del acto representativo, en el concepto moderno de representación. En su génesis alemán, en un inicio SAVIGNY atribuyó el negocio al interesado; el representante no sería más que un *órgano* de aquel. En un segundo desarrollo dogmático vendría THÓL, con la tesis del *doble contrato*. Aspectos ampliamente cuestionados, por numerosos juristas que en la segunda mitad del siglo XIX propusieron la *Represäsentationstheorie*, y con sólidas argumentativas propusieron que el negocio o acto ha de imputarse únicamente al representante y finalmente de esa manera lo estableció el BGB. Uno de esos juristas, fue HUPKA<sup>7</sup>, quien al respecto dijo:

**"La voluntad existe en el representante, quien no la comparte, y el poder es solamente la condición y el límite para la eficacia de esa voluntad".**

Después de estos aportes, habrá desarrollos teóricos, sin embargo teniendo como referencia estos conceptos de la doctrina alemana ya establecida.

## 6.2.- REQUISITOS DE LA REPRESENTACIÓN.

La mejor doctrina creada sobre la representación y que en la actualidad se puede considerar como clásica, aparece fundada sobre bases dogmáticas elaboradas en gran parte por la ciencia jurídica germana, que plasma en el Código Civil alemán con una normativa completa de la representación, y que aparece en su libro I, dedicado a la Parte General, dentro de la regulación del negocio jurídico. En nuestra realidad es aplicable aquella doctrina con los ajustes teóricos pertinentes, siendo los requisitos los siguientes:

<sup>6</sup> HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.114-115.

<sup>7</sup> HUPKA, Josef. “La representación voluntaria en los negocios jurídicos”. Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. p. 45.

**a)** Hay representación cuando se celebra el negocio jurídico (acto jurídico, de conformidad con la doctrina consagrada en nuestro C.C. de 1984) a través de una persona, el representante, que actúa en nombre de otra, el representado, de manera que los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante. Por lo tanto, la representación se considera como un capítulo de la teoría general del negocio jurídico o acto jurídico, y que el actuar en nombre ajeno (alieno nomine agere). La eficacia inmediata y directa de la actuación del representante son factores esenciales de la idea de representación. Por ello, se considera que cuando se gestiona por un intermediario e interés ajeno pero actuando éste en su propio nombre, no hay verdadera representación sino una figura distinta: mandato no representativo o interposición gestora.

**b)** Basta la actuación del representante en nombre del representado: *contemplatio dominii*, para que exista representación en puridad. Sin embargo, para la producción de la eficacia directa de la gestión representativa en la esfera jurídica del representado es necesario un nuevo requisito, que consiste en la existencia de un previo poder de representación o en una posterior ratificación por el dominus negotii de lo hecho por el representante. De esta premisa se extraen también dos consecuencias importantes. La primera es que se puede hablar con propiedad de una "representación sin poder", que, cualesquiera que sean sus efectos, es una verdadera representación, y que se dará cuando el dominus negotii ratifique lo actuado por el representante que no tenía poder previo. La segunda es que se escinden, independizándose en su funcionamiento y en su régimen jurídico, el negocio ó acto de concesión del poder y el negocio ó acto actuado por el representante con el tercero. La concesión de un poder (apoderamiento) se configura como un negocio ó acto jurídico, que es independiente de la relación jurídica básica existente entre las partes que le pueda dar origen o de la cual sea una consecuencia (ejemplo, mandato). El apoderamiento se califica como un negocio ó acto jurídico abstracto, en la medida en que su eficacia es independiente de la existencia o de la regularidad de la relación jurídica subyacente entre el representante y representado mismo.

**c)** Respecto a los efectos de la actuación representativa, es irrelevante el interés que pueda guiar al representante en su actuación. Normalmente, el representante actuará en interés del representado, pero es posible una actuación del representante en su propio interés o interés de un tercero, por ejemplo, el deudor dá poder a sus acreedores para que vendan sus bienes y con el precio obtenido se cobren sus créditos, o cobre créditos de un tercero.

**d)** Deben separarse nítidamente los conceptos de “Mandato”, y “Representación”. El mandato es un contrato que genera la obligación para el mandatario de cumplir el encargo recibido del mandante. El poder de representación legitima al apoderado para actuar frente a terceros en nombre del poderdante, y deriva de un acto de concesión del poder (apoderamiento). En suma, la representación surgiría del acto jurídico de apoderamiento, distinto del acto jurídico de mandato, siendo el medio o instrumento para el cumplimiento del encargo cuando ello exige relacionarse con terceros.

La tesis es consagrada por la jurisprudencia española del Tribunal Supremo (Sentencias del: 16 de febrero de 1935, 22 de mayo de 1942, y 01 de diciembre de 1944 entre otras), se debe a LABAND, siguiendo algunas ideas sobre mandato y poder Bernardo Windscheid señala:

“Mandato y poder son figuras distintas aunque pueden coincidir de manera ocasional. En el mandato que yo confiero a otra persona - dice LABAND - para celebrar un negocio jurídico por mi cuenta, puede existir al mismo tiempo el poder de representación para que lo realice en mi nombre (coincidencia de mandato y de poder), pero ello no es algo necesario. Puede existir un mandato sin poder, como ocurrirá siempre que el encargo que el mandatario deba ejecutar haya de realizarse contratando él con los terceros en su propio nombre. Y hay también poderes sin mandato, como sucede en todos aquellos casos en que la potestad de actuar en nombre del dominus o principal se funda en relaciones jurídicas diferentes de las que genera todo contrato de mandato. Por ejemplo, los socios gestores de una sociedad civil ostentan poderes de representación, pero no están vinculados por un Contrato de mandato con la sociedad”<sup>8</sup>

La doctrina moderna de la representación, es propugnada por célebres juristas europeos como de De Castro y Bravo, Luis Diez Picazo, Antonio Gullón. Puede esquematizarse del siguiente modo aquella doctrina:

**a)** La representación no se limita a ser un capítulo en la teoría del acto ó

---

<sup>8</sup> DIEZ PICAZO, Luis (Coautor: GULLÓN, Antonio). "Sistema de Derecho Civil" Madrid 1994. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. p. 580.

negocio jurídico y por tanto no puede definirse simplemente como la conclusión de un acto o negocio jurídico o la emisión de una declaración de voluntad realizada por medio de otro. La representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos incluidos los no negociales (por ejemplo, los actos de ejercicio de los derechos como las reclamaciones del acreedor frente al deudor). La representación además es un fenómeno que trasciende al Derecho privado y que se aplica a todas las disciplinas jurídicas, por lo que debe situarse en una teoría general del Derecho.

**b)** La representación no puede ser definida como un actuar en nombre ajeno. La actuación del representante en su propio nombre, pero en interés del dominus, es también una forma de representación: la llamada representación indirecta o mediata. Una definición correcta de la representación debe comprender a ambos supuestos. Como sostiene cierto sector de la doctrina la ajenidad del asunto es la base de la representación, y otra cosa distinta es la forma de operar el representante para llevarlo a cabo, lo que dará lugar solamente a diferentes efectos, pero no a negar la representación indirecta.

**c)** La irrelevancia del interés que guía al representante parece criticable como dogma. En la disciplina de la representación, el representante gestiona siempre el interés del representado. La concesión de un poder de representación a una persona para que lo utilice en su propio interés o interés de terceros (procurator la rem steam, por ejemplo, acreedor facultado para enajenar bienes del deudor y cobrarse así su crédito) constituye una vía oblicua o indirecta. Que en realidad, da lugar a una forma de fiducia y que no pertenece en rigor a la doctrina de la representación.

**d)** Aun sin negar la distinción teórica entre poder y mandato, la separación no parece a un sector de la doctrina tan categórica. Se sostiene que la relación de gestión de asuntos ajenos (no es otra cosa en el fondo el mandato) tiene fuerza en sí para producir la eficacia directa e inmediata de lo actuado en la esfera jurídica ajena, siempre que se utilice el nombre del mandante. No hay, pues, necesidad intrínseca de la concesión de un poder, con lo que se vuelve a la vieja tesis de que el mandato tiene siempre un carácter representativo, y

explica la concesión de poderes que efectúa en la mayor parte de los casos el mandante como una escisión formal del mandato. Al independizarse documentalmente tales facultades se da un corte totalmente arbitrario en el contenido del contrato, que podrá tener efecto respecto de terceros, pero que no rompe en modo alguno, inter partes la unidad misma.

De lo precedentemente señalado, resulta pertinente admitir que la doctrina tradicional es la preponderante en la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia actual.

En la doctrina nacional juristas como Fernando Vidal Ramírez la califican a la representación como un "Hecho Jurídico"; por otro lado Anibal Torres Vásquez, como un "Acto Jurídico"; el maestro José León Barandiaran, y Lohmann Luca de Tena, siguiendo a la doctrina alemana consideran a la representación como un "Negocio Jurídico". Por otro lado el jurista argentino Mosset Iturraspe, calificar a la representación como una "Situación Jurídica", porque así se estaría comprendiendo tanto a la representación legal, representación voluntaria, y a la representación judicial; juristas como Madray la consideran como: "Presupuesto de Hecho"; Sánchez Urite simplemente la califica como la "Emisión de una Declaración"; y Díaz Gómez, refiere que es un "Mecanismo", con ya se afirmó anteriormente.

Internacionalmente, en el Derecho Comparado la dogmática alemana desde el siglo XIX, seguida posteriormente por la doctrina italiana ha debatido acerca de la "esencia" de la representación. Es decir ¿Cuál es la característica sustancial de un acto para ser acto de representación?, dicho en otras palabras ¿Que no puede faltar en un acto jurídico para que sea Representación?, ¿Cuál es la nota distintiva fundamental que permita señalar bajo la denominación figuras que sólo en virtud de dicho factor se podrían considerar como tal o próximas?. Para un sector de la doctrina es "el obrar en nombre de otro"; para otro es "la eficacia de la actividad sobre otro"; para un tercer sector es "el obrar en interés de otro"; para otros "una especie particular del obrar directamente", o una expresión de la sustitución y la legitimación; en todo caso, aparece la relación de *gestión* como un *prius* lógico, como puede notarse.

Asimismo, el Acto Jurídico de la Representación es: Autónomo,

Unilateral, y Recepticio; a saber:

**a) AUTONOMO.-** Porque deriva de la autonomía de la voluntad, llamada también por la doctrina italiana Autonomía Privada. Esta característica no es defendida con unanimidad, por cuanto existe dificultad de sustentarla a nivel doctrinario, en los casos de Representación Judicial, y Legal. En la Representación Voluntaria, no hay mayores problemas.

**b) UNILATERAL.-** Por cuanto la concesión de poder nace por la declaración de voluntad del poderdante exclusivamente, no requiriéndose la voluntad del apoderado para ello. La doctrina que hemos llamado clásica de la representación, heredera del jurisconsulto LABAND en tantas cuestiones relativas al instituto, no ha seguido su tesis de que el apoderamiento surge de un contrato por medio del cual las partes se obligan recíprocamente a que el efecto de los negocios que uno de los contratantes (el apoderado) concluya en nombre del otro (el poderdante) debe considerarse como si hubiesen sido efectuados por el poderdante.

**c) RECEPTICIO.-** Puesto que la declaración de voluntad en que consiste el apoderamiento ha de ser conocida para que produzca efectos. Acontecimiento de eficacia y no de existencia de aquel acto, y su destinatario será el apoderado siempre.

**REQUISITOS DE LA REPRESENTACIÓN DE CONFORMIDAD CON NUESTRA LEGISLACIÓN,** Aquí no existe discrepancia en aceptar la Representación Directa e Indirecta, existe consenso en señalar que los requisitos de la representación son:

- a)** Legitimación para actuar en la esfera ajena.
- b)** Un acto o negocio jurídico representativo.
- c)** Sustitución del representado
- d)** Consentimiento de éste vía poder o ratificación,
- e)** Además exige la “Contemplatio Domini”, esto es, la actuación en nombre ajeno, *agere in nomine alieno*.

En el Derecho Comparado existe problemas, por ejemplo en el Español, donde de conformidad con la Teoría Tradicional Española: **Núñez Lagos, y Castán Tobeñas**, limitando el concepto de representación al de representación directa, desde esta posición consideran como requisitos de la representación los antes señalados. Como se recuerda, en legislación Española, dentro de la regulación del Mandato la Representación no tiene regulación independiente, es el artículo 1717 del CC Español, que se estipula: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante”. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el acto celebrado fuera de él mismo, lo antes señalado se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario que hubiere.

Ahora, la Tesis Moderna, sustentada por juristas como **Díez-Picazo, De Castro y Bravo, y José Antonio Alvarez Caperochipi**, sostienen que la Representación Indirecta también es Representación, porque puede producir efectos directos entre el dominus y el tercero sin necesidad de un contrato posterior traslativo de los mismos. Sustentan esta tesis, a partir del Artículo 1717 CC, cuando se trata de cosas propias del mandante, dice De Castro que si las partes lo sabían, no sería necesaria regulación específica porque en efecto sería un caso de representación directa, sin embargo el citado precepto encuentra su sentido en caso de que el tercero ignorase la existencia de un dominus negotii ó representado en el momento del perfeccionamiento del acto, pero viniese en conocimiento de este hecho a posteriori, y es claro al hablar de la posibilidad de ejercitar “su acción” contra el mandatario o el principal, acción que necesariamente ha de ser la misma, pues el artículo no distingue de otro modo.

### **6.3.- EFECTOS DE LA REPRESENTACION**

Únicamente surte efectos para el momento de la celebración de la relación



jurídica. Esto que parece sencillo, es muy debatido, y tiene muchas aristas que de cierta manera también se ha tratado en esta tesis.

## **6.4.- EXTINCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN.**

### **6.4.1.- REVOCACIÓN.-**

Es un negocio jurídico unilateral de carácter recepticio. El destinatario del mismo es el representante, y sí no toma conocimiento y continua actuando como tal, entonces los actos celebrados son válidos, y surtirán todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe. Esto porque los ordenamientos jurídicos privilegian la seguridad dinámica sobre la estática; inclusive en el supuesto de hecho de la norma una situación de representación aparente en la que han confiado los terceros porque desconocen su discordancia con la realidad, no obstante ello deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, tenga o no culpa el representado en la creación o subsistencia de aquella situación. En este punto, se establece para el representado la carga de notificar a determinados terceros la revocación del poder que dio para contratar con ellos. Si no lo hace y el representante contrata con ellos, lo actuado es válido frente al dominus negotii. Sin embargo, el ordenamiento jurídico exige la buena fe del representante, lo que nos advierte su ratio: la afirmación de la continuidad de la relación representativa (entre dominus negotii y representante). De ahí que, por ejemplo el representante tenga derecho al reembolso de los gastos que haya efectuado en ese caso.

### **6.4.2.- RENUNCIA DEL REPRESENTANTE.-**

Es una declaración de voluntad recepticia, que deberá ser puesta en conocimiento del representado, y produce efectos aun cuando le perjudique. Sin embargo, la buena fe impone el deber de continuar con la representación hasta que el dominus negotii pueda tomar las precauciones necesarias, otorgando la ley, un plazo prudencial para estos efectos de la renuncia.

### **6.4.3.- MUERTE, O EXTINCIÓN DEL REPRESENTANTE O REPRESENTADO.-**

La muerte da lugar a la extinción de la representación, como es obvio.

### **6.5.- CLASIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN.-**

Hay muchos criterios de clasificación, entre los cuales están:

- Considerando los efectos del acto de representación: Directa, e Indirecta.
- Considerando el origen o fuente: Judicial, Legal, y Voluntaria.
- Considerando la modalidad en que puede ser ejercida: Activa, y Pasiva.

#### **6.5.1.- EN FUNCIÓN A LA SUJECCIÓN DE LOS ALCANCES DEL MANDATO:**

La presente clasificación es clásica, con sujeción a los alcances del mandato, dependiendo de las facultades del agente y de los efectos que genere el acto principal buscado.

##### **6.5.1.1.- REPRESENTACIÓN DIRECTA.-**

También conocida como propia o perfecta. En esta clase de representación, el representante manifiesta su voluntad en nombre y por cuenta de otro, dentro de los límites del poder conferido; sin embargo, en el negocio principal el representado interviene como parte, por intermedio del representante, quien manifiesta la voluntad. Obviamente que el tercero tiene conocimiento de que el representante actúa en nombre del representado y velando sus intereses, no existiendo ocultamiento del titular de derechos y obligaciones a quién se está representando en su nombre

El sanmarquino jurista que a investigado con mayor amplitud y profundidad la figura jurídica de la representación, José ITURRIAGA ROMERO, señala al respecto:

**“ a) Representación voluntaria directa (...)**  
**Elementos (...)**  
**Comunes:**

- Los sujetos
- El Interés
- La voluntad.

**Especiales:**

- El Poder de representación,
- La *contemplatio domini*, y
- La eficacia directa<sup>9</sup>.

Es muy importante señalar que el representante tiene el deber de manifestar que obra en su condición de tal. Es lo que se denomina expresión del nombre del interesado o *contemplatio domini*, y que justamente resalta el maestro Iturriaga Romero, como uno de los elementos especiales de este tipo de representación, y es un requisito en la que buena parte de la doctrina ve como "intención de obrar por cuenta del otro", o "elemento psicológico". El representante tiene el deber (carga) de hacer presente que no obra para sí y por cuenta propia, sino que obra por cuenta ajena, y asimismo declarar el nombre de la persona por y para quien obra, y a la que así, naturalmente, irán a parar los efectos de su actuación (negocio o acto). Además, y es de la mayor importancia destacar que el representante no sólo manifiesta una voluntad propia en la relación contractual, sino una voluntad dirigida a los efectos del contrato, ha de querer permanecer ajeno a los efectos del contrato y hacer surgir derechos y obligaciones en la esfera del representado mismo.

Es entendible que en antaño lo usual era que el tercero se interesara por establecer previamente la individualidad del *dominus*, y que de ordinario esta apareciera por declaración del representante o por otros medios, sin embargo la fuerza incontenible de la economía de mercado, hace que no sea anómalo el que se contrate sin saber, porque no interesa, importa para el acto representativo que haya representación.

De esta manera doctrinariamente la *contemplatio domini* cumple, doble función, por cuanto de un lado excluye al declarante, y del otro incluye al representado en la relación comercial realizada o celebrada

---

<sup>9</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p.109

La *contemplatio domini* en la representación legal se presenta de manera tácita, la doctrina alemana puntualiza con el termino *stillweigende Vertretung*. Y en lo que atañe al tercero, es suficiente que sepa que quien obra lo hace en su condición de representante legal del representado.

En los casos de pseudo representante o *falsus procurator*, que vincula su responsabilidad frente al tercero que contrató de buena fe confiando en la eficacia del acto jurídico así celebrado, se habla de representación indirecta, imperfecta, oculta, mediata o impropia (lo peculiar de la representación es la vinculación directa del *dominus* y la extraneidad del agente), cuando éste declara obrar por cuenta ajena, pero calla la identidad del poderdante y obra a nombre propio, por lo tanto no está presente en esta hipótesis la *contemplatio domin*, como puede advertirse.

La extraneidad del agente, es importante precisar, es poner su obra a nombre ajeno, toda vez que luego de hacer la conexión entre las verdaderas partes, más allá que su intervención no se reduzca a transmitir un mensaje ajeno, como ocurre en el caso del nuncio, sino que consiste en disponer de los intereses a él confiados, con poder más o menos amplio, pero siempre decisorio, y poniendo de presente que obra a nombre ajeno, por ello una vez celebrado el acto, desaparece sin dejar rastro, como se dice.

**Aníbal Torres Vásquez**, profesor sanmarquino, en relación a la representación directa sostiene que:

**“En el proceso de la representación directa se dan tres elementos sucesivos:**

**a) Acto causal** del que surge el poder, por el cual se rigen las relaciones entre representado (poderdante) y representante (apoderado);

**b) Poder**, que es el efecto del acto causal, cuya misión es facultar al representante y legitimar su actuación, produciendo sus efectos frente al tercero con abstracción del acto causal que le dio origen; y

**c) El acto celebrado por el representante con el tercero (acto representativo)** por el que se regula las relaciones entre el representado o *dominus negotii* y el tercero.

La representación directa puede ser voluntaria o legal”<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.333.

### 6.5.1.2.- REPRESENTACIÓN INDIRECTA.-

De nomen iuris también como “Representación Impropia”, o “Interposición Gestoría”, “Representación de Intereses Ajenos”. El representante obra en interés ajeno, pero realiza el acto principal en nombre propio. Es indudable que ambas formas tienen en común únicamente obrar en interés ajeno o por cuenta ajena, por lo que pertenecen al ámbito de los actos de colaboración. Entre los aspectos que distinguen una de otra se cuentan en que en la directa el representante actúa en nombre del representado, lo que no ocurre en la indirecta. Asimismo, en cuanto a los efectos del acto principal, obviamente que en la indirecta recaerán única y exclusivamente en el representante, por lo que el representado para poder acceder a las obligaciones y derechos generados con el negocio jurídico, tendría que verificar otros actos posteriores con el representante, como los traslaticios de dominio y otros. La representación indirecta, caracteriza a algunos actos jurídicos en particular, como el mandato sin representación, la comisión mercantil, entre otros. Sin embargo, muchos autores postulan la no existencia de la representación indirecta, por no contener los elementos fundamentales de la representación jurídica que la puedan identificar como tal. Messineo resalta la declaración de voluntad propia o en nombre propio, que efectúa el representante al realizar el acto principal, en interés o por cuenta del representante, sin que el tercero se le haga saber este último hecho (por ser indirecta).

Al respecto, Francesco Messineo, conceptúa a la representación, así:

**“Aquí, el denominado representante declara una voluntad propia, con el fin de conseguir un resultado que afecta al círculo de intereses ajenos, o sea del denominado representado; pero, al exterior, ósea frente a los terceros, a los cuales dirige la propia declaración, no aparece que él persiga el cuidado de intereses ajenos”<sup>11</sup>**

Los juristas que sostienen la negación de la representación indirecta, consideran que la sola actuación por cuenta o interés ajeno no es suficiente para considerarla como representación. Quienes admiten la representación indirecta, como Messineo, hacen notar las ventajas de la institución, al ocultar al verdadero titular de derechos y obligaciones que genera la relación jurídica

---

<sup>11</sup> MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Buenos Aires 1979. Trad. de Santiago Sentis Melendo; Edit. Jurídicas Europa-América. p. 405.

principal, “conservar de incógnito”, como refiere Messineo, por lo que también se le denominan “presta nombre”. De esta forma, justifican su inclusión dentro de la figura de interposición de la persona o “interpósita persona”. Nuestro Código Civil regula en el Libro II de Acto Jurídico, sólo la representación directa, no así la indirecta. Este criterio se encuentra perfectamente establecido en el artículo 164°, que obliga al representante a expresar en todos los actos que celebre, que procede en nombre del representado y si fuera requerido a acreditar sus facultades.

La doctrina nacional se expresa, en el jurista Aníbal Torres Vásquez, cuando señala:

**“En la representación indirecta (denominada también impropia, oculta o mediata), el representante actúa por cuenta y en interés del representado, pero en nombre propio. Frente al tercero, el representante se presenta como parte directamente interesada en la realización del acto jurídico, cerrándolo en su propio nombre. Los efectos del acto que realiza con el tercero no entran inmediatamente en la esfera jurídica del representado, sino que en ejecución del encargo deberá transferirlos mediante otro acto jurídico. Se dan tres actos sucesivos: a) del representado con el representante, en cuanto éste recibe el encargo de actuar por cuenta de aquél; b) del representante con el tercero, acto al cual es ajeno el representado; y c) del representante con el representado por el cual éste recibe de aquél lo que adquirió por su cuenta”<sup>12</sup>**

Considera la doctrina mayoritaria, que no hay representación verdadera, esto es con efectos inmediatos del acto representativo, sino en cuanto el agente obra en nombre de otro, y no sólo por cuenta ajena. Teniendo en cuenta ese aspecto, quienes se adscriben a la teoría de la cooperación, afirman que aun en la representación indirecta se tiene una *contemplatio domini*, en la medida que se da relación entre esferas jurídicas subjetivas (Pugliatti, Minervini). Así, se pretendió y despejó el panorama para aceptar la representación indirecta como una de los efectos de la actividad del agente están destinados a recaer, así sea indirectamente, en el interesado mismo.

Mientras que en la representación directa la nueva relación jurídica se establece, entre el interesado y el tercero, en la indirecta,

---

<sup>12</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p.333-334.

los efectos se radican en el agente, lo que pone en riesgo y el costo de la actuación. En oportunidades el *dominus* confiere poder a otra persona para que celebre por él, pero en nombre propio, uno o varios negocios jurídicos. En la doctrina no ha sido inusitado negar que en esos casos haya representación, partiendo del aserto de que la representación implica la radicación directa de los efectos del contrato en cabeza del *dominus*, que a su turno presupone la *contemplatio domini*, excluida por principio cuando el agente obra en su propio nombre.

En relación a la institución de la representación legal, del mismo modo que el tercero carece de acciones contra el *dominus*, este tampoco tiene a disposición suya la posibilidad de proceder directamente contra aquel, sino únicamente contra el agente, o sea que, cual ocurría en la antigüedad romana, las relaciones se plantean en dos órdenes separados: mandante-mandatario y mandatario-tercero. El representante indirecto o impropio está obligado para con su principal de conformidad con los términos de la relación de base, a la que podría indicarse como "pacto fiduciario", y de acuerdo con ellos deberá hacerle la transmisión de los derechos adquiridos para sí, pero por cuenta de él necesariamente.

## **6.5.2.- EN FUNCIÓN A LA FORMA DE ACTUACIÓN DEL REPRESENTANTE FRENTE AL TERCERO**

### **6.5.2.1.- REPRESENTACIÓN ACTIVA.-**

Aquí el representante emite la voluntad ante el tercero.

### **6.5.2.2.- REPRESENTACIÓN PASIVA.-**

Aquí el representante recibe la manifestación de voluntad del tercero.

Mediante esta clasificación se determina establecer la forma de actuación del representante frente al tercero con quien realiza el acto jurídico principal, si tiene un rol activo ó pasivo. Sin embargo, es destacable resaltar que quienes propugnan esta clasificación confunden los alcances de la emisión de la

voluntad, por cuanto adviértase sea cual fuere la forma de actuar del representante de todas maneras manifestará su voluntad, sea como remitente o destinatario de voluntad para realizar actos jurídicos, como ocurre en los contratos en general cuando los diversos sujetos de derecho actúan como ofertantes o aceptantes respectivamente.

La división que se hace entonces debería ser en la forma de emitir la voluntad, en atención al carácter recepticio que tenga el acto jurídico, dependiendo si es recepticio o no, teniendo en cuenta además las características del negocio principal que se pretende celebrar. Por ejemplo será activa la representación del apoderado que emite una oferta para una próxima contratación, y será pasiva si expresa una aceptación a la oferta planteada. De igual modo serán activos los actos unilaterales emitidos por el representante. Se justifica esta clasificación porque se podrá distinguir los efectos del acto celebrado con tercero, a partir del carácter recepticio del negocio y por ende de los alcances del poder.

### **6.5.3.- PLURALIDAD DE REPRESENTANTES.**

En el ámbito del mercado profesional contemporáneo, cada día menos individualizado, y más profesionalizado, cuando el usuario-consumidor acude a una oficina de profesionales asociados en demanda de servicios, y habiendo celebrado con uno de ellos un contrato de servicios profesionales, pueden darse muchas circunstancias en las que se requiera la participación, por un mandato singular o colectivo, para contar con el servicio de los profesionales especializados, de la sociedad o de varios de sus miembros. Atendiendo a lo referido, es admitido tanto en la representación legal como en la voluntaria o negocial, la presencia simultánea de varios representantes de un mismo representado; y en la negocial que un mismo agente represente a varios *domini*, entre quienes deberá existir intereses unidos y comunes.

Nuestro vigente Código Civil ha consagrado las modalidades clásicas de la representación plural, es decir para actos diferentes en Indistinta, Conjunta,



Sucesiva, e Independiente. Si bien es cierto que no se define a ninguno de ellos, el hecho de mencionarlas en el artículo 147°, las convierte en modalidades típicas de representación plural, porque además las vamos a encontrar de manera dispersa en las diversas sedes de nuestro ordenamiento jurídico; siendo las modalidades de la representación plural:

#### **A) REPRESENTACIÓN PARA ACTOS DIFERENTES.-**

Esta modalidad representativa tiene como fundamento, la división del trabajo. De hecho, la regulación confunde el acto con el documento. En todo caso, se entiende que se refiere al documento, por lo que a nuestro modo de ver y doctrinariamente, esta forma creada por nuestro código es ajena a la pluralidad de representación, porque cada acto es diferente uno del otro, salvo que tengan la secuencia contemplada en la representación sucesiva. No encontramos aplicación específica de esta modalidad; sin embargo, en la parte que legisla sobre personas jurídicas y asociaciones, se infiere que lo acogería cuando trata en relación de los órganos del Consejo Directivo mismo.

#### **B) REPRESENTACIÓN INDISTINTA.-**

En esta modalidad cualquiera de los representantes puede ejercer el poder. De acuerdo a la presunción establecida en el art. 147, cuando el representado ha designado a varios representantes sin precisar que deben actuar conjuntamente o sucesivamente o que cada uno de ellos realice actos diferentes, cualquiera puede ejercer el poder individual e indistintamente.

#### **C) REPRESENTACIÓN CONJUNTA.-**

En el acto representativo se requiere intervención necesaria de todos los representantes designados (poder mancomunado). Debe ser establecida expresamente. El vicio en la voluntad de uno de los representantes es suficiente para que se pueda anular el acto representativo. Además el artículo 150° ha contemplado esta figura a través de la revocación, estableciendo la concurrencia conjunta de los representados para revocar el poder conferido para un objeto de interés común. Este artículo es muy discutido, porque podría interpretarse que está refiriéndose a la imposibilidad de revocar el poder cuando se produzcan intereses encontrados entre el representante y uno de los

representados. Sin embargo, debe interpretarse que el interés común a que hace referencia el precepto es el que involucra únicamente a los representados. El legislador protege al interés común que une a los representados. Finalmente, cabe aclarar que el artículo no es imperativo, en tanto no excluye la posibilidad del pacto en contrario entre los intervinientes.

#### **D) REPRESENTACIÓN SUCESIVA.-**

En esta modalidad, uno de los representantes debe actuar a continuación del otro en el orden establecido por el representado. A falta de disposición expresa, los representantes actuarán de acuerdo al orden en que han sido nombrados. En el caso, que el primero de los nombrados no ejerce el poder, renuncia o se ausenta, corresponderá ejercer el poder al segundo, luego al tercero.

#### **E) REPRESENTACIÓN INDEPENDIENTE.-**

Esta modalidad supone que cada representante debe realizar el acto para el cual ha sido designado por el representado.

Cuando no se haya expresado que los representantes deben actuar indistintamente, conjuntamente o sucesivamente, o si no se ha indicado que acto u actos deben realizar cada uno de los representantes, se presume que la representación es indistinta, por consiguiente la actuación individual de cualquiera de los representantes dentro de los límites del poder obliga al representado. La actuación conjunta o sucesiva de los representados requiere de una declaración expresa del representado, necesariamente.

#### **6.5.4.- PLURALIDAD DE REPRESENTADOS.**

Estamos aquí ante una situación de existencia de dos o más representados, lo que en doctrina se denomina representación pasiva. Así, es común por ejemplo, los casos en que los copropietarios de un terreno, tomen los servicios de un arquitecto para la construcción de un condominio, y le confieren poder para que realice en nombre de todos ellos, las gestiones pertinentes para obtener la Licencia de construcción a favor de los copropietarios.

### 6.5.5.- EL AUTOCONTRATO.

Figura jurídica también conocida con los nombres de contrato consigo mismo, o auto acto. Es importante tratar en esta tesis, por cuanto se discute su condición de acto representativo. Para explicar a la institución jurídica objeto de estudio, es necesario mencionar los dos supuestos de hecho expuestos por la doctrina y las Leyes, en el primero, una persona actúa por sí y en representación de otra; en el segundo, una persona es representante de las dos partes intervinientes en un acto o contrato. Karl Larenz al primer supuesto lo llama “autocontrato” y al segundo, “doble representación”, respectivamente.

Según el jurista peruano Manuel Pablo OLAECHEA DU BOIS, señala:

**“El estudio de la representación directa llevó a los juristas alemanes a plantearse el problema de la extensión del poder, tanto objetiva como subjetiva. El examen de este segundo aspecto (...) con quienes puede contratar el representante, sugirió la posibilidad de que pudiese hacerlo consigo mismo”<sup>13</sup>**

En el Autocontrato, se daría algo anormal, porque la persona se da poder a sí misma y para contratar consigo misma. A partir de estos supuestos, los autores tratan de explicar esta figura jurídica, sobre todo en cuanto a su legalidad y consiguiente admisión y reconocimiento por los distintos sistemas jurídicos. En este contexto, se manifiestan hasta tres tendencias expuestas sobre el caso, por juristas y contenidas en los códigos, una que le niega legalidad, otra que la admite y una tercera intermedia que combina las anteriores.

Consideramos que en todo contrato aparecen dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas, de las cuales la primera se denomina oferta, y la segunda, que se refiere a la oferta, se llama aceptación. En el contrato se produce un encuentro de declaraciones de voluntad que coinciden en contenido y que las partes se relacionan entre sí. Por lo general, la conclusión del acuerdo se realiza en forma sucesiva, la parte que propone a la otra la conclusión del contrato y tiene la iniciativa, es el oferente u ofertante, su declaración de voluntad se conoce como la Oferta, quien resulta destinatario de dicha oferta, y resuelve

---

<sup>13</sup> OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. “La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la legislación peruana”. Lima 1941. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941. p. 9

aceptar la misma, se denomina aceptante. En las hipótesis del autocontrato en la representación, en una sola persona se perfeccionaría la relación contractual, es decir las declaraciones de voluntad que integran oferta y aceptación (consentimiento), provendrían de una sola persona, que podría ser que una persona obre en nombre y cuenta de dos partes (oferente y aceptante), por cuanto dos personas le han otorgado poder para la realización de uno o varios determinados actos jurídicos; o que una persona manifiesta su declaración en su propio nombre y en el de la persona que previamente le ha otorgado poder de representación. No es necesario para que se forme un contrato la concurrencia de dos o más personas, sino que haya dos o más partes. No habría razón para la oposición de esta figura, a la cual un sector de la doctrina se ha opuesto, entre ellos Hupka<sup>14</sup>, quien sostiene que él no niega la existencia del autocontrato, lo que si considera discutible es el problema de si el autocontrato necesita de regulación legal para ser válido como tal, o si en las legislaciones que no contemplen dicha figura corresponde su regulación al contrato, según Hupka.

El mismo Manuel Pablo OLAECHEA DU BOIS también señala:

“La circunstancia de ser una sola persona la que representa dos o más patrimonios especialmente en los caso de representación, la posibilidad de un conflicto de intereses. En tales casos, decía el Tribuno Faure, precisa evitar que se pongan en pugna el deber y el interés”<sup>15</sup>

Para luego el citado jurista, en cuanto a la admisión del auto contrato, estimar que existen dos posiciones. La primera, admite el autocontrato como excepcional. La segunda posición, admite basada y fundamentada en la autonomía privada, por licitud y aceptación respectivamente.

**“ (...) Siendo preferible la segunda”<sup>16</sup>**

---

<sup>14</sup> HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. p. 259.

<sup>15</sup> OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. "La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la legislación peruana". Lima 1941. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941. p. 10

<sup>16</sup> OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo. "La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la legislación peruana". Lima 1941. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941. p. 10

#### 6.5.5.1.- TESIS NEGATIVISTA.

Según la Tesis Negativista, niega su carácter de acto representativo, a partir de los requisitos del contrato, teniendo entre sus suscriptores a Baudry-Lacantinerie, Leonhard, Lepa, Bechmann y Muskat (citados por Jorge Garrido Lago: 1985) Entre los argumentos de esta corriente, se tiene que desde el punto de vista psicológico no es posible el autocontrato, agregando: *“Puedo querer solo, pero no puede consentir solo”*. Asimismo, consideran que se daría en el mundo interior, cuando el contrato es emitido al exterior. Otro argumento sería además que contradice al concepto de consentimiento mismo.

En opinión de Lafaille, su rechazo es porque no existiría el *“acuerdo de voluntades”*. Otra razón invocada es que se evitarían abusos del representante en su propósito de obtener ventajas. Finalmente, Traviesas fundamenta que no existe la deliberación, la cual es carácter propio del contrato en general.

Sin tener en cuenta los requisitos del contrato, es innegable que esta figura jurídica es factible de plasmarse en hechos concretos, por lo cual muchas legislaciones la han consentido, otras no, sin embargo por la utilidad práctica de la institución, los sistemas que lo rechazan han venido cediendo estableciendo excepciones a la prohibición. Teniendo en cuenta la premisa anterior, ubicaremos a quienes defienden su prohibición y consiguiente ilegalidad del autocontrato.

**El Código Civil Alemán**, prohíbe expresamente el autocontrato, señalando:

**“Artículo 181°.- El representante, salvo autorización en contrario, no podrá celebrar en nombre del representado acto alguno consigo mismo obrando en nombre propio o como representante de un tercero, a no ser que dicho acto consista en el cumplimiento de una obligación.”**

Este artículo, sin embargo no se aplica, en casos en que el negocio jurídico consiste en el cumplimiento de una obligación, o ante una autorización especial, sea por parte del representado o la ley (artículo 1009, del B.G.B). Y

la doctrina<sup>17</sup> se ha manifestado, que aún en los casos de la misma prohibición, la realización de dicho acto no trae consigo la nulidad del mismo, sino que se produce una relación de dependencia, que hace necesario una autorización posterior del representado para la conclusión del negocio jurídico, algo así como la confirmación.

Al igual que el Código Alemán, el Código Civil Italiano también prohíbe el autocontrato al indicar:

***“Artículo 1395° Es anulable el contrato que el representante realiza consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiera autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.”***

En cuanto al Código Civil Francés y los códigos inspirados en él, como el Código español, no lo contemplaban salvo algunas prohibiciones específicas, especialmente en las representaciones necesarias y legales.

Posteriormente, con el decurso del tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, encontraron el sustento de su aplicación, en el principio de la autonomía de la voluntad. Prohibida o admitida como institución en general, lógicamente que no debe ser permitida en determinados casos, que por su naturaleza justifique su prohibición como por ejemplo: a) Por razones ético-morales, cuando es contrario a la moral y buenas costumbres. (C.C. argentino), b) Cuando exista conflicto o colisión de intereses, c) Si el acto va producir perjuicio a representado, etc. De otro lado, de las tesis negativistas, se han sistematizado los siguientes casos excepcionales de procedencia que imposibiliten cualquier abuso: a) Si el acto responde a interés del representado, b) Si con el acto el representante va obtener únicamente una ventaja jurídica ( el representante).

---

<sup>17</sup> OERTMANN, Paúl. “Introducción al derecho civil”. Barcelona 1933. Traducción por del alemán de Luis Sancho Seral. Editorial Labor. pp. 321-323.

### 6.5.5.2.- TESIS POSITIVISTA.

Los códigos modernos vienen admitiendo al autocontrato, con las limitaciones del caso, en contraposición a las tesis negativistas. Los autores modernos y la jurisprudencia, encontraron la aplicación en el principio de la autonomía de la voluntad, sobre todo en hacer lo que la ley no prohíbe. Garrido Lago (1985), sistematiza los alcances de estos criterios, así menciona a Kómer, quien sostiene que en el autocontrato se afectan dos patrimonios o esferas patrimoniales distintas. Por su parte, Rumelin considera su admisión, a condición que el acto contractual sea controlable y responda a interés del representado. El propio Garrido suscribe la tesis positivista, explicando el sustento en la concurrencia de dos declaraciones de voluntad, que es propio del contrato, las mismas que obedecen a la existencia de dos intereses patrimoniales diferentes y contrapuestos. Ahora bien, en los casos del autocontrato propiamente dicho o negocio consigo mismo, debe tenerse en cuenta que en el contrato intervienen dos partes, pudiendo ser factible que una persona intervenga en contrato en representación de ambas partes contratantes. Spota explica esta factibilidad de la siguiente manera:

**“La condición de que medie acuerdo entre varias personas(en el sentido de dos o más partes) es la regla general para que exista contrato, pero es observable que se puede dar el caso de que nos enfrentemos ante una sola persona y, sin embargo, el contrato ha surgido porque existen, en realidad, dos o más partes”<sup>18</sup>**

Sistematizando las ideas con fines de recapitulación, afirmamos que para las tesis negativistas, la prohibición es la regla y la admisibilidad la excepción, y para los positivistas es lo contrario, teniendo al principio de la autonomía de la voluntad como su fundamento.

En el Contrato, el representante contrata en nombre de otro, pero teniendo como contraparte a él mismo. El Código Civil sanciona con la anulabilidad según el artículo 166°, salvo que la ley lo permita o este autorizado plenamente por el representado o que el acto excluya un conflicto de intereses.

---

<sup>18</sup> SPOTA, Alberto G. "Instituciones de Derecho civil, Contratos". Tomo VIII. Buenos Aires 1983. Ediciones Depalma. pp. 16-17.

### **6.5.6.- REPRESENTACIÓN MIXTA.**

Cierto sector doctrinario defiende la idea que la representación orgánica es mixta, en razón a la combinación de las representaciones legal y voluntaria, específicamente para las personas jurídicas. El sustento jurídico de esta clase de representación, radica en que ciertas personas naturales y jurídicas, requieren contar necesariamente con un representante para realizar sus actos jurídicos; sin embargo, se deja en manos de los interesados, la designación del o los representantes. Nosotros no compartimos con los argumentos de quienes conciben a la representación orgánica como mixta, una combinación entre representación legal y voluntaria. A nuestro entender, la fuente u origen de la necesidad de representación, marca el carácter de representación, por lo que la representación orgánica es una modalidad de representación legal por obedecer al cumplimiento de una norma imperativa, siendo la designación voluntaria del representante, una consecuencia, es decir simplemente la forma de ejecutar lo dispuesto por Ley.

### **6.5.7.- REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA, JUDICIAL, Y LEGAL.**

Constituye una de las clasificaciones más conocidas. En la legislación nacional la encontramos sólo como Representación Legal y Voluntaria, consagrada en la segunda parte del artículo 145, consagra esta clasificación atendiendo al origen del apoderamiento, vale decir si lo confiere voluntariamente el representado o lo confiere la ley. Así, sale del marco puramente privatista que otros códigos han dado a esta institución. La fuente de esta segunda parte del artículo 145°, la encontramos en el artículo 1387° del Código Civil italiano. Asimismo, tiene un parecido con el artículo 1801° del Código Civil mexicano, que exige al representante estar “autorizado” por ley o por el representado. Del texto del artículo 145°, parecería que el representado podría otorgar al representante únicamente facultades, pero se entiende que también comprende a la designación. Es decir el articulado entiende al poder como otorgamiento de facultades representativas, y como designación del representante a su vez.



### **6.5.7.1.- REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.-**

Es conocida también como “Representación Convencional” por cierto sector de la doctrina y el Derecho Comparado, como por ejemplo en el Código chileno. Quienes lo llaman así implícitamente se adscriben al criterio conceptual de la representación como sinónimo de mandato. Adviértase que la manifestación de voluntad no siempre surge de una relación contractual o convencional, sino también de un acto jurídico unilateral, tal como lo viene sosteniendo la doctrina moderna. Sustentada en que la manifestación de voluntad del representado da origen a la representación, en virtud al principio de la autonomía de la voluntad u autonomía privada. La persona interesada en realizar actos o negocios jurídicos con terceros, entablando una relación jurídica por libre decisión puede designar a un representante para que actúe a su nombre en ese acto. La voluntad se origina en la decisión libre y espontánea, tanto para individualizar a la persona que será representante, así como la estipulación de las facultades que tendrá está. Esta potestad de designar apoderado de manera voluntaria, se encuentra prescrita en el artículo 164° de nuestro Código Civil. La representación voluntaria, la encontramos por ejemplo en el contrato de mandato con poder (artículo 1806°). En esta figura, el poderdante no se ve compelido a la designación del representante, tampoco ha establecer sus facultades.

Es muy importante la capacidad del representado para conferir el poder. En todo caso, la capacidad es un requisito de validez del acto de apoderamiento, como negocio jurídico. En concordancia con la libertad de contratación que anima a las legislaciones del mundo, que a nuestro entender se expresa también en la libertad de realizar actos jurídicos, la representación voluntaria comprende dos aspectos: libertad en el otorgamiento del poder y establecimiento de su contenido. Las formas como se manifiesta la representación voluntaria son disímiles, como por ejemplo a través de un acto de apoderamiento unilateral, o dentro de un contrato, o por acto procesal en los procedimientos administrativo, judicial y arbitral. Por lo que no son pertinentes las clasificaciones que consideran a la representación procesal

como especial o sui generis, porque en todo caso el poder simplemente se ciñe a los actos del representante ante el Órgano jurisdiccional. La representación voluntaria tiene singular importancia, porque a partir de esta se determina los márgenes de responsabilidad del representante, así como los alcances del poder conferido. Juristas de la talla de Díez Picazo, García Amigo, entre otros, consideran que el elemento distintivo de esta clase de representación es el acto de apoderamiento. Esto es, se establece como regla de la representación voluntaria, la existencia del acto de apoderamiento practicado por el poderdante sin imposición de autoridad o ley alguna. Por ello también se la conoce como “representación negocial.”<sup>19</sup> Situación distinta es la denominada:

#### **6.5.7.2.- REPRESENTACIÓN JUDICIAL**

Esta clase de representación consiste en que el representante es designado directamente por el Juez, individualizando a la persona en virtud a las facultades que le confiere la Ley, con arreglo a los requisitos de capacidad y aptitud exigidas por ella. Tal es el caso en la designación de defensor de herencia, defensor de ausente, depositario judicial, administrador judicial, cuyos actos en muchos casos rebasan los actos procesales. Las personas designadas cumplen una función pública que la ejercerán de acuerdo a las facultades establecidas en la norma. Esta modalidad de representación se justifica ante la inexistencia o incapacidad de los representantes originales. En realidad se busca suplir el vacío producido por la falta de: capacidad del representado y aptitud del representante original que venía ejerciendo la representación. Obviamente que la justificación de la suplencia es que el incapaz o representado no puede dejar de estar desamparado y privado de que se realicen actos en su nombre.

Es necesario aclarar que el artículo 145° del C.C. sólo hace distingo entre representación voluntaria y legal; no menciona la representación judicial,

---

<sup>19</sup> DE CASSO Y ROMERO; Ignacio. “Diccionario de Derecho Privado”. Barcelona 1950. Editorial Labor S.A. T, I. p. 431.

tampoco no hace distingo entre representación judicial y representación legal. La más reputada doctrina civilista nacional: José León Barandiarán, Fernando Vidal Ramírez, Aníbal Torres Vásquez, y Lohmann Luca de Tena; no desarrolla expresamente la "Representación Judicial", algunos de ellos sólo dan ejemplo al respecto. La norma implícitamente está considerando a las representaciones judicial, administrativa, y orgánica, dentro del ámbito de la representación legal. La razón es muy simple, los apoderamientos en estos casos se generan en cumplimiento de normas legales que conceden esa potestad de designación de representantes, a las autoridades judiciales y administrativas, así como a los directivos de las personas jurídicas; no obstante ello resulta pertinente que normas del C.C. desarrollen reglas de la Representación Judicial por constituir una clasificación conocida.

Esta representación también es conocida como "Representación determinada por el juez con arreglo a ley", aun cuando algunos sostienen que constituye una forma de representación legal, olvidando que el Juez si bien actúa por imperio de la Ley, lo hace en función a su poder jurisdiccional que tiene.

### 6.5.7.3.- REPRESENTACIÓN LEGAL

Se fundamenta en que la voluntad tiene su origen en la Ley, la que dispone se instaure la representación por distintas razones, como la incapacidad del representado, por no poder actuar por sí solo. Se le conoce también como "Representación Necesaria" al respecto Díez Picazo la define:

**"La representación legal es, por lo general, un medio para suplir un defecto de capacidad para obrar de determinadas personas o por un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular o cuyo titular no se encuentra en condiciones de asumir por sí mismo su gobierno."**<sup>20</sup>

Según este criterio, estaríamos circunscribiendo la representación legal únicamente a la falta de capacidad, consecuentemente solo se daría en materia de derecho de personas, familia y sucesiones. Por ello, es que Sánchez Urite<sup>21</sup>, amplía los alcances a otros conceptos, cuando sub clasifica

<sup>20</sup> DIEZ PICAZO, Luis (Coautor: GULLÓN, Antonio). "Sistema de Derecho Civil" Madrid 1994. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. p. 613.

<sup>21</sup> SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p.38.

la representación legal en: **necesaria y para oficios públicos**. Lógicamente que la necesaria se refiere a la ausencia de capacidad para obrar por parte del representado; en cambio, en lo que concierne a Oficios Públicos supone para realizar actos imbuidos de una función pública conferida por Ley o por el Juez, por ejemplo los administradores judiciales, depositarios etc.

Es correcto que el Código haya comprendido a las distintas formas de representación legal, porque obviamente esta norma de derecho privado es supletoria para las demás normas del derecho público donde se contemplen actos jurídicos realizados por representantes legales de incapaces.

La representación legal tiene mayor problema, sobre todo cuando se dilucida el problema de la voluntad del representado (incapaz). Según Guillermo Lohmann, en estos casos el representante no sustituye al representado porque la ley no reconoce eficacia a esa representación. Pero, creemos que al representado la voluntad le otorga la ley o la autoridad judicial o administrativa en cumplimiento de ésta última, lo cual no invalida al acto del representante, pero ello no quita esa voluntad del incapaz por el hecho de que no participe directamente en el acto. En todo caso se confunde la fuente del apoderamiento con el acto representativo, la voluntad del incapaz concurre en los actos a través del apoderado en razón a que su discernimiento se encuentra limitado.

La doctrina a su vez sub clasifica la representación legal de la siguiente manera:

#### **A) REPRESENTACIÓN DETERMINADA POR LEY.-**

Aquí, la Ley de manera taxativa determina al representante, invistiéndole del poder en la propia norma, donde además se establecen sus facultades. En las diversas instituciones jurídicas se manifiesta esta forma de representación legal, por ejemplo Patria Potestad, copropiedad para ciertos actos. Donde en razón a la situación jurídica adquirida por quienes asumen esas funciones, padres y copropietarios, respectivamente por imperio de la Ley ejercitan como representantes legales, determinadas por ley .

## **B) REPRESENTACIÓN DETERMINADA POR ACTOS EN APLICACIÓN DE UNA NORMA.-**

El sustento jurídico de esta clase de representación radica en que la norma, regula los casos en que será indispensable la existencia de un representante, pero deja a voluntad del interesado o interesados la designación del mismo. Están aquí los actos de representación que nacen por voluntad de quien otorga poder, en razón a la necesidad que le impone la Ley para realizar actos o negocios jurídicos a través de un representante. Es decir, la norma menciona al sujeto inmerso en una situación jurídica determinada, que ejercerá la representación de una persona natural, ó jurídica, para uno o varios actos jurídicos, pero la representada en virtud a la Ley designa o individualiza al o los representantes. Algunos supuestos de este tipo de representación lo encontramos en la representación orgánica, donde la Ley precisa quienes son los representantes, pero deja en libertad de su elección a los integrantes de la persona jurídica. Otro supuesto lo constituye por ejemplo la obligación de designar apoderado en juicio cuando existe litis consorcio, dando lugar al apoderado común (Artículo 76° del C.P.C). El legislador considera que ciertos actos, por su naturaleza o importancia, deben ser celebrados por un representante porque la realidad jurídica del representado así lo exige; por ejemplo las personas jurídicas, por ser entes abstractos requieren contar con apoderado, el cual deberá ser designado por sus integrantes. De igual modo, el interés del legislador para no dejar desprotegido a los menores incapaces impone la necesidad de designar al apoderado que lo represente.

### **6.6.- LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.**

En la representación en el ámbito del Derecho de Familia, es necesario precisar que se trata de una Representación que tiene origen legal. En la medida que por medio de la ley, se busca tutelar a la familia, a sus integrantes, y no sólo en el caso de las Personas Naturales: Menores (Niños y adolescentes), sino también inclusive en el caso de los concebidos. Como sabemos la Representación, es una figura jurídica básicamente voluntaria, sin embargo en el ámbito familiar deviene en una figura que tiene un origen legal. Por Política Legislativa, el legislador teniendo presente el “Principio

Superior del Niño” (que por extensión también comprende al Adolescente, y al concebido), establece normas que regulan la representación legal para que el niño, el adolescente, el concebido, y con ello la familia, en muchos supuestos de hecho, no queden en situación de indefensión. En nuestra doctrina se ha escrito de este tipo de representación, fundamentalmente por los maestros del Derecho Civil especialistas es Acto Jurídico, como son los maestros sanmarquinos Fernando Vidal Ramirez, Anibal Torres Vasquez, y Max Arias Schreiber Pezet.

## **6.7.- CLASES DE REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.**

### **6.7.1.- EL CONCEBIDO.-**

El Concebido es vida humana intrauterina (aún no nacida), individualizada desde el instante mismo de su concepción, es decir a partir de la fecundación del óvulo con el espermatozoide.

Que sea vida humana aún no nacida, no implica necesariamente que estemos denominando únicamente al "embarazo", como una suerte de una vida humana, puesto que como conocemos hoy en día existen otras formas asistidas de reproducción como es la fertilización in Vitro. En atención a ello, existen dos teorías para fijar cuando es que aparece el concebido:

- a)** Por la unión de los gametos (óvulo y espermatozoide)
- b)** Por la implantación en el óvulo (14 días)

La teoría más sólida de estas dos, es la de la unión de los gametos, en la medida que existen otras formas asistidas de reproducción, en las que será prescindible el vientre materno, lo cual descarta la teoría de la implantación del óvulo, toda vez que en una fertilización in Vitro, no será necesario el vientre; esta teoría manejaría fácilmente una excusa para admitir el aborto e igualmente las manipulaciones genéticas, que son penalizadas en muchos Estados, como el nuestro en el Código Penal.

El Concebido es un sujeto de derecho, tal como lo menciona el último párrafo del Artículo 1° del Código Civil actual, y anteriores como: 1852, 1936; y Constituciones: 1979, y claro está la actual constitución en el artículo 2° "El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece"

En la medida que el concebido tiene capacidad para ejercer los derechos, se regula varios supuestos de representación. Teniendo presente que el concebido, para todo lo que le favorezca, necesitará de un representante; siendo los supuestos de representación:

- a) El concebido, que tiene madre y padre, ellos en dicho supuesto ejercerán la patria potestad.
- b) De faltar el padre, o la patria potestad haya sido suspendida, la madre será quien ejerza la representación legal.
- c) Asumiendo que estemos en el caso anterior, y que la madre devenga incapaz por alguna de los casos señalados en el artículo 44° del código civil, el Juez de familia nombrará un curador.
- d) En los casos que presenta el artículo 606° del código civil, el juez nombrará un curador especial, estos casos son: que exista conflicto peligro de los intereses del concebido, así también, cuando se requiera de un especialista para administrar los bienes del concebido.
- e) En caso de deudas tributarias, tendrá que aplicarse las reglas de los supuestos antes señalados para cada caso concreto que se presente.

#### **6.7.2.- LA PATRIA POTESTAD.-**

La Patria Potestad es la facultad representativa que tienen los padres para con el hijo (Mayor desarrollo del tema en el capítulo VIII, numeral 8.3.3.1).

#### **6.7.3.- LA TUTELA.-**

La tutela, se encuentra destinada a proteger a los menores de edad que no estuvieran bajo la potestad de sus padres (Mayor desarrollo del tema en el capítulo VIII, numeral 8.3.3.2).

#### **6.7.4.- LA CURATELA.-**

Es el representante nombrado por el Juez para que se haga cargo del bienestar del Sujeto quien no puede valerse por sí mismo, cuando sea incapaz o devenga incapaz (Mayor desarrollo del tema en el capítulo VIII, numeral 8.3.3.3).

#### **6.7.5.- SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

La sociedad de gananciales, es un régimen patrimonial familiar, una institución autónoma, considerado como “patrimonio autonomo”. Evidentemente la sociedad de gananciales es un sujeto de derecho (con su propio patrimonio) distinto de las personas que lo integran. Como lo prescribe el artículo 301 c.c., “puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad”.

La sociedad de gananciales, en tanto sujeto de derecho, goza de autonomía patrimonial imperfecta, por cuanto, “los bienes sociales y, a falta o por insuficiencia de éstos, los propios de ambos cónyuges, responden a prorrata de las deudas que son de cargo de la sociedad” (artículo 317 c.c.) y además, porque son de cargo de la sociedad “los alimentos que uno de los cónyuges esté obligado por ley a dar a otras personas” (artículo 316.2 c.c.). (Mayor desarrollo del tema en el capítulo VIII, numeral 8.3.3.4).

### **6.8.- DIFERENCIAS ENTRE LA REPRESENTACIÓN Y OTRAS INSTITUCIONES O FIGURAS JURÍDICAS.-**

La representación es una figura nueva en el firmamento del Derecho relativamente, por exigencias de la economía, y de las mismas circunstancias históricas que nos toca vivir, se ha tenido que abrir paso de manera muy auspiciosa, porque una de las mayores corrientes del pensamiento jurídico ha sabido auspiciar su ingreso y permanencia en la ciencia jurídica. La utilidad práctica, y fácil adecuación a los diversos medios, ha contribuido que la representación tenga una presencia destacada en el Derecho moderno, por lo que resulta de suma importancia establecer, las diferencias con otras figuras jurídicas relacionadas.



### **6.8.1.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y MANDATO SIN REPRESENTACIÓN.**

Dos instituciones que han tenido una vida de confusión y enfrentamiento. El mandato sin representación, es el mandato propiamente dicho, en el cual el mandatario actúa en propio nombre. No obstante, el jurista francés Louis JOSSERAND, define el mandato sin representación, al que también conoce como figura del Prestanombre, de la siguiente manera:

**“ (...) El mandatario se presentará al público, no en calidad de tal, sino personalmente; tratará, no alieno nomine, sino propio nomine. Entonces el mandato será un asunto de orden interior; no rebasará el círculo de las partes, no trascenderá al exterior.**

**Por eso, es imposible ver en el mandato sin representación un verdadero mandato; despojado de su característica natural, no es ya más que la sombra de sí mismo, está reducido al estado de mandato incompleto, de mandato imperfecto, un mandatario sin poder de representación no habla ni obra, ya en nombre de su comitente, hace su asunto propio, salvo el rendir cuentas después al mandante.”<sup>22</sup>**

Por su parte el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en su propio nombre, con la peculiaridad que es por cuenta y en interés del mandante. Los efectos jurídicos no se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica del mandante, no obliga al mandante respecto de terceros, por lo que será necesario practicar otro acto para que ello ocurra necesariamente. En la Representación por el contrario, el representante, actúa en nombre de otra persona, el representado, de manera que, los efectos se producen siempre de un modo directo e inmediato en la esfera jurídica de este último y nunca en la del representante, como se ha señalado.

Muchos confunden con la representación indirecta. Sin embargo, este contrato se distingue de la representación indirecta, porque ésta figura surge como consecuencia de un acto unilateral, por lo que el representante no asume obligación. En el contrato de mandato sin representación el mandatario tiene asumida una obligación de actuar necesariamente.

---

<sup>22</sup> JOSSERAND, Louis. “Derecho Civil”. Buenos Aires 1951. Editorial Bosch. 8 Tomos. Tomo II. Volumen II. Traducción Santiago Cunchilló y Manterola. p. 377.

La doctrina, sostiene respecto a la representación indirecta que a diferencia de la directa, en la indirecta el representado encarga al representante que realice por su cuenta el acto que sea, pero no en su nombre; así que, al celebrarlo, el representante, si bien *in pectore* obra en interés y por cuenta del representado, no lo revela a aquel con quien lo celebra. Procede pues, como si se tratase de acto para él, en el que no se toma en consideración que es representante de alguien.

### **6.8.2.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y MANDATO CON REPRESENTACIÓN.**

En efecto, era previsible en el mandato, de la manera como se encontraba configurado en el Derecho Romano (despojado de la idea de la representación directa), que se regule y conciba de manera autónoma., sin embargo en el transcurso del tiempo se llegó al extremo de confundir una y otra figura, de tal manera que en la primera regulación moderna de importancia (Código Civil Francés de 1804, ambas figuras aparecerán confundidas, en una). Históricamente dos instituciones que han tenido una vida de enfrentamiento, confusión, y desunión.

La representación, es conocida con Hugo Grocio y los Ius Naturalistas Racionalistas, (aun no, con las características establecidas por la doctrina moderna, de influencia alemana), la confusión entonces tendrá vigencia hasta la llegada de los pandectistas alemanes del siglo XIX aproximadamente.

A partir del Código Civil francés de 1804, La doctrina, la jurisprudencia, y legislación en el derecho comparado incurrieron en el error de situar la relación jurídica entre representante y representado en la órbita del contrato de mandato, equiparando los conceptos de mandato y representación a la vez.

En la doctrina Peruana, con ocasión de la reforma del Código Civil de 1984, uno de los propulsores de la materia, en el área de mandatos, fue Carlos

Cárdenas Quirós (es lo que tenemos informado por las fuentes bibliográficas consultadas), y justamente el primero que trajo el tema de la relación del mandato y la representación. Después de constatar, lo que Cárdenas Quiroz llama "error generalizado" (en los Códigos Civiles de Francia, Republica Dominicana, Bolivia, Congo Belga, Argentina, Uruguay, Brasil, Etiopia y de la República Federativa Soviética de Rusia), refiere:

**"El Código de 1936 no fue una excepción a esa censurable tendencia. Si bien el artículo 1627 establecía que "por el mandato, una persona encarga el desempeño de ciertos negocios, a otra que los toma a su cargo" -definición que por cierto responde a las características propias del mandato-, el artículo 1640, según el cual "el mandatario está obligado a expresar en todos los contratos que celebre, que procede a nombre de su mandante", aclaraba -por decirlo de algún modo- que para el legislador de 1936 la representación era un elemento que integraba "el contrato de mandato"<sup>23</sup>.**

El mandato es un contrato, es decir nace de un acuerdo de voluntades, acuerdo formado por dos partes: el mandatario, quien adquiere y contrae obligaciones él mismo, y el mandante quien debe liberarle de las mismas frente a los terceros con quienes contrató para él; hay un acuerdo entre mandante y mandatario, que tienen una vinculación que cumplir consistente en una prestación y contraprestación, respectivamente. En la representación, el representante actúa dentro de los límites de su poder de representación, no contrae obligaciones para sí, las contrae directamente para su representado, y lo más importante requiere sólo la declaración del poderdante.

Ahora el contrato de mandato puede ir unido al poder de representación, pero tal unión no es un rasgo característico, o sea no es esencial del mandato la función representativa, por todo ello el Código Civil peruano regula al mandato, con y sin representación. Al respecto Cárdenas Quirós<sup>24</sup>, encuentra diferencias:

"El acto Jurídico de otorgamiento de un poder de representación (acto de apoderamiento), es uno de naturaleza unilateral y de carácter recepticio. El mandato, por el contrario, es un contrato, esto es, un acto jurídico plurilateral.

<sup>23</sup> CARDENA QUIROZ, Carlos. "Estudios de Derecho Privado I". Lima 1994. Ediciones Jurídicas. p. 527-528

<sup>24</sup> CARDENA QUIROZ, Carlos. Ob. Cit. p. 530-531

La esencia del mandato es que mediante su ejecución se pretende la realización de un servicio personal, pero no en nombre de alguien, sino por su cuenta e interés. Este es precisamente el contenido que el contrato tenía en el Derecho Romano. Por consiguiente, las consecuencias de los actos realizados por el mandatario con terceros se producen en su propia esfera jurídica y no trascienden a la del mandante. Para ello será preciso que se realice un acto de retransmisión de los bienes adquiridos en ejecución del contrato, del mandatario al mandante.

En el caso de la representación ocurre todo lo contrario, en la medida en que los efectos de los actos celebrados por el representante en nombre del representado se producen directamente en el patrimonio de éste”.

Y por su parte el jurista nacional sanmarquino Iturriaga Romero<sup>25</sup>, indica:

**"El apoderamiento es un acto de voluntad de un sujeto, que no encierra ninguna obligación para el apoderado, el cual puede ejercer o no las facultades que le da ese apoderamiento: el apoderado recibe pero no da nada".**

En la representación, el representante tiene facultad para actuar, pero lo que no tiene es obligación para hacerlo. Asimismo en la representación, el apoderado no tiene la obligación de actuar, a diferencia del mandatario, el cual sí está compelido a cumplir la obligación, derivada de una relación contractual. De lo expresado resulta que el *dominus negotii* no tiene la facultad de exigir al apoderado, el cumplimiento del encargo investido.

### **6.8.3.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR**

En Doctrina varias son las posturas para explicar la figura de “*contrato por persona a nombrar*” (Código civil peruano, artículos 1473-1476), y van desde una aproximación a las obligaciones alternativas, con facultad para el deudor o el mismo acreedor, de escoger la persona obligada, hasta la presencia de una “*representación in incertam personam*”, pasando por la idea de una autorización condicional del estipulante de hacerse sustituir por un tercero, y sin excluir la posibilidad de considerarla como una pluralidad de negocios sujetos a condición.

---

<sup>25</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 138.

En esta figura se pone de manifiesto el efecto de la sustitución de una persona por otra en la titularidad del acto jurídico, y es este punto que motiva a ver una especie de representación eventual, que sólo fuera porque a la postre los efectos de la actuación del contratante inicial-agente, van a parar directamente al patrimonio del *dominus negotii*, no obstante esto no podría ocurrir cuando la prestación a cargo de la parte secreta tiene la particularidad de contener una prestación *intuitu personae*. Un sector de la doctrina configura el “*contrato por persona a nombrar*”, como una especie de representación frente a persona incierta, en palabras del jurista italiano Santoro Passarelli, sería una “Representación *eventual in incertam personam*”<sup>26</sup> propiamente.

Encontramos en el Código Civil Italiano de 1942, el artículo 1404°, que prescribe en el sentido que: “*La declaración no tiene efecto si no va acompañada de la aceptación de la persona indicada o si no existe una procura anterior al contrato*”. Si el estipulante indica oportunamente el nombre de la persona que ha de ocupar su posición contractual y comprueba haber estado provisto de poder suficiente al respecto, o si exhibe un poder posterior otorgado al efecto por ella, o si la persona designada se presenta a aceptar (ratificar) adecuada y oportunamente, el contrato se considera celebrado por ésta desde un comienzo, sin vinculación alguna del estipulante, cual ocurre, según el caso, en la representación directa o en la gestión ratificada, por ello cierta doctrina ve en estos detalles, una hipótesis que puede remitir a la representación sin poder, indirecta, en la que no podría operar la *contemplatio domini*.

Establecido en el Código Civil Italiano de 1942 (artículos 1401 a 1405), acogido jurisprudencialmente en Francia, el Código Civil peruano de 1984, se adhiere al modelo italiano, transcribiendo los cuatro artículos de este (artículos 1473 a 1476). Finalmente no debemos perder de vista lo que señala la doctrina italiana, en el sentido que la figura del contrato por persona cuyo nombre se indicará posteriormente, fue ajena al derecho romano; aparecerá esta figura en el derecho común como un mecanismo para que las personas

---

<sup>26</sup> SANTORO PASSARELLI, Francesco. “Dottrine generale del diritto civile”. Napoli 1986. ., p. 293. Citado por HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.468.

de alta condición social pudieran adquirir inmuebles en remates, sin figurar en la operación y, por lo mismo, sin exponerse a nada.

La designación del tercero no produce los efectos esperados, correspondientes a la función de la figura, sin el asentimiento de dicha persona a nombrar, es de capital importancia el momento de la aceptación de la persona a nombrar (Artículo 1474° del Código civil peruano).

#### **6.8.4.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y CONTRATO A FAVOR DE TERCEROS.**

En el contrato a favor de terceros (artículos 1457-1469 del Código civil de 1984), participan dos personas; el estipulante y el promitente, y celebran entre sí en nombre y por cuenta propia un contrato dirigido a atribuir a un tercero que no es parte del contrato, toda vez que es un extraño a la perfección del mismo, por un determinado beneficio de por medio.

Es una prerrogativa suya, a la vez que un deber (carga). Ahora bien, para que los efectos del contrato (derechos, y obligaciones) se generen en la persona cuyo nombre se indica luego, no bastan la advertencia o reserva previa y la designación posterior. Sabemos que la eficacia de la actuación sobre el patrimonio ajeno está subordinada a la presencia previa de un poder o a la ratificación ulterior del acto, requisitos que aquella reserva e indicación no obvian. No obstante, los efectos son entre las partes, y el tercero sólo adquiere el derecho cuando lo acepta (artículos 1458, y 1460° del Código Civil peruano). La singularización de dicha parte corre de cuenta del estipulante, a cuya discreción, frente a la contraparte, está en declarar el nombre u omitir su indicación; PACCHIONI al respecto señala:

“¿Cómo se distinguen los contratos a favor de terceros de los celebrados por medio de representante (...)? Cuando el contrato es celebrado por el estipulante en su propio nombre, pero a favor de un tercero, estamos frente a un verdadero contrato a favor de terceros; cuando

por el contrario, el estipulante contrata a nombre del tercero se está frente a un contrato celebrado por el representante.”<sup>27</sup>

Por su parte, el jurista español Manuel Albaladejo, respecto a la diferencia del poder con el contrato a favor de tercero, señala:

**“Es diferente la representación, del contrato a favor de tercero (...) en éste dos personas –una de ellas el estipulante, que es el que podría ser confundible con el representante- celebran entre sí, en nombre y por cuenta propia un contrato dirigido a atribuir un beneficio (generalmente un derecho) al tercero, que es extraño a la conclusión del contrato”**<sup>28</sup>

Por otro lado, sostiene Albaladejo, que en cuanto a los efectos, los negocios representativos se producen a favor y en contra del representado y de la otra parte; y en el contrato a favor de tercero, se producen a favor o en contra de las partes, y puntualiza que únicamente resulta la adquisición de un derecho a favor del tercero, cuando éste lo acepta realmente.

#### **6.8.5.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN CON LA PROMESA DE LA OBLIGACIÓN O HECHO DE UN TERCERO.**

Denominada también “promesa de hecho ajeno”, regulada en el Código civil de 1984, artículos 1470-1472, en opinión la doctrina nacional representada por el jurista, José ITURRIAGA ROMERO<sup>29</sup> señala:

**“se reduce , (...) a una garantía que obliga solamente al promitente el cual deberá pagar una indemnización en caso que el tercero no cumpla lo ofrecido”.**

La única semejanza y diferencia probable entre esa figura y la representación, estaría con relación a la representación directa; pero aun así la situación es clara, toda vez que en ambas el gestor que actúa en el acto dice que él no es el obligado, no obstante que ese detalle es más

<sup>27</sup> PACCHIONI, Giovanni. “Los contratos a favor de terceros”. Madrid 1948. Editorial Revista de Derecho Privado. p. 182.

<sup>28</sup> ALBADALEJO, Manuel. “El Negocio Jurídico”. Barcelona 1958. Librería Bosch. pp. 346/347.

<sup>29</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. “La Representación en el Derecho Privado”. Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 245.

enfaticado en la representación, pues en ella está comprendida el concepto de la: “Contemplatio Domini”, y en la otra figura no aparece tal concepto.

Es por eso , que el mismo jurista José ITURRIAGA ROMERO refiere:<sup>30</sup>

**“Pero mientras que en la representación directa esa declaración es hecha en nombre del obligado, en la promesa de hecho del tercero es en el propio nombre del promitente, el cual, aunque declara que la obligación la cumplirá un tercero, no dice que actúa en nombre de éste ni tampoco se exime de responsabilidad sino que, todo lo contrario, garantiza el hecho del tercero.”**

#### **6.8.6.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y CORRETAJE.**

El corretaje, es acto o hecho jurídico que sirve para facilitar la celebración de un contrato. Se asemeja al corretaje matrimonial, que está ampliamente regulado en los Códigos Civiles modernos. No es un contrato.

La persona que en razón de su conocimiento de los mercados, se encarga como intermediario de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que se celebre un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación, es el corredor.

El corredor se limita a aproximar a las partes y no es, por ello, un representante. Existen dos partes contratantes, y curiosamente él obra para ambos. Es un intermediario que procede con total independencia.

El corredor, por consiguiente, cuando negocia un contrato, este no se entiende definitivo sino luego del acuerdo de las partes, a menos que haya recibido mandato para cerrar la operación de tal forma.

---

<sup>30</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. Ob. Cit. p. 245.



### 6.8.7.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y NUNCIO.

En oportunidades es difícil establecer si el intermediario es nuncio o representante, es decir, si es un mero transmisor o tiene alguna posibilidad decisoria y habrá de optarse entre ambas figuras mirando cómo actuó; si los términos de la investidura no le permiten la menor separación de las instrucciones recibidas del interesado, o si le dan un margen frente a situaciones imprevistas. Los dos cumplen un encargo. En todo caso, el nuncio es, por definición, extraño a la decisión negocial.

En la modernidad, se usan indistintamente términos que dan cuenta del actuar por otro, así se habla de gestor, mandatario, apoderado, representante, nuncio, todos ellos intervienen en la celebración de un acto jurídico relativo a intereses ajenos. Sin embargo, cuando se trata de emplear los términos jurídicos con rigor conceptual, sin duda el primer deslinde viene a darse entre quien tiene poder o atribuciones decisorias, por reducido que sea, y quien apenas es un transmisor de la decisión ajena. El primero es un representante, el segundo es el nuncio, correo, o portavoz, que no actúa con voluntad propia sino del representado.

Se da el nuncio cuando al agente no se le deja ninguna facultad de determinar el contenido del contrato. El nuncio carece por completo de autonomía, reproduce una voz, transmite un mensaje, entrega un recado, es un instrumento de la voluntad de otro, al igual que el correo o el telégrafo. Todo lo contrario ocurre con el representante, quien tiene que realizar el negocio por su propia voluntad.

El representado puede delegar en otra persona el cuidado de sus asuntos o uno o varios en singular, o reducir a emplear a alguien como correo. En este caso, asume los riegos de la alteración que el nuncio introduzca al mensaje que transmite. En ese orden de ideas, *la falsa nunciatura, o incluso la falsa representación*, no tiene por qué afectar los intereses del interesado, toda vez

que a igual razón, igual derecho. De manera que si bien el acto *del falsus procurator* es ineficaz frente al *dominus*, por carencia de legitimación, esto es, de poder para injerirse en la esfera jurídica ajena; la declaración *del falsus nuntius*, es igualmente fútil frente a él, por ausencia del encargo. En esa hipótesis, uno y otra son susceptibles de ratificación.

#### **6.8.7.- DIFERENCIAS ENTRE REPRESENTACIÓN Y COMISIÓN.**

Diferenciando, la comisión es un contrato mercantil, o comercial, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el artículo 237 del Código de Comercio, el cual estipula que un comerciante, denominado “comisionista”, se obliga a realizar, bien en nombre propio o en nombre de otra denominada “comitente”, uno o más actos u operaciones de comercio, individualmente determinados por este último, durante cierto tiempo, a cambio de una comisión entendida como retribución por la labor desempeñada.

En la Comisión existe una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios actos (“operaciones”, diría el Código), en principio en nombre propio, pero por cuenta ajena, aun cuando también podría hacerlo en nombre de otro.

La comisión es indelegable, por principio. El comisionista debe custodiar los bienes que tenga en su poder en razón del encargo y responde de su pérdida, con responsabilidad que llega hasta el patrimonio genérico.

Finaliza la comisión con la muerte o la inhabilitación del comisionista. A la comisión le son aplicables las normas que disciplinan el mandato, por *analogía legis*. El comisionista obra en su propio nombre y por cuenta del comitente, y tiene un poder de iniciativa. No es un mandatario, porque obra en su propio nombre. Tampoco es un presta nombre: la convención de presta nombre

posibilita realizar secretamente un acto; por el contrario, el comisionista es ostensiblemente un intermediario: declara que obra en nombre propio y por cuenta ajena, de alguien cuyo nombre no revela. La situación constituye una representación imperfecta. Sus actos y los de los intermediarios a quienes sustituye lo comprometen personalmente y vinculan su responsabilidad directamente.

## CAPÍTULO VII

### EL PODER EN EL DERECHO DE FAMILIA

#### 7.1.- EL PODER EN EL DERECHO DE FAMILIA.

Normalmente cuando, las partes del contrato coinciden con las partes de la relación que surge de aquel, es decir son unas mismas, se ensambla sólidamente la relación jurídica. No obstante, ocurrirá lo contrario cuando interviene otra persona, que sustituye a uno de los sujetos negociales y por cuya mediación los efectos de la disposición se radican directamente en el patrimonio de éste, se produce necesariamente una disociación.

Es unánime en doctrina y legislación, que la representación puede ser legal llamada también necesaria, o negocial llamada también voluntaria. La primera, tiene como fuente, la ley, y responde, primordialmente, a la incapacidad del representado, y en menor medida, a su ausencia. La segunda tiene como fuente un acto de apoderamiento (*rectius*: procura), potestativo del poderdante, por lo tanto realiza el interesado (*dominus*) por razones de conveniencia, comodidad o necesidad. Es decir, en el primer caso el poder proviene de la ley, es el resultado de una heterodeterminación. En el segundo, se basa en una procura, constituye el efecto de una autodeterminación.

Es factible actuar en nombre ajeno y obtener que los efectos del negocio así celebrado se derive a la persona por quien se obra; es indispensable contar con un poder, que surja de un previo acto de apoderamiento: un negocio de procuración (procura, *Bevollmächtigung*), una calidad legal por sí sola, o un

discernimiento de juez. En los tres supuestos, un título que autorice la injerencia en la esfera ajena: negocial (que no solamente convencional), o por extensión (apariencia, agencia oficiosa), legal, judicial (o administrativa).

Cuenta el poder con innumerables fuentes, podría nacer de la ley, exclusivamente (*ope legis*), o de esta y su puntualización en un acto judicial (*ope iudicis*) o administrativo, o de una disposición estatutaria de la persona jurídica, sola o desarrollada por una decisión de la junta de socios o de la junta directiva, o de un acto del interesado. Por el cual, la nota distintiva de la procura es que la autonomía sea funcional, y no estructural necesariamente.

Ubicamos al poder dentro del contexto de la representación y diferenciarlo de otras instituciones. Así, en cuanto a su significado se le confunde con el documento en sí, con el acto que le confiere (acto representativo o apoderamiento); y, con la situación jurídica del apoderado. De igual modo, diferenciarlo de otras denominaciones, como: “apoderamiento”, “autorización”, “facultad de representar”. En todo caso el vocablo similar es el de “poder de representación”. Otro sector doctrinario circunscribe la definición sobre el acto de apoderamiento, antes que sobre el poder, estableciendo así una independiente definición.

Según la doctrina peruana, en la idea de Juan Espinoza Espinoza, conceptúa al poder del siguiente modo:

**“Por poder se puede entender tanto la facultad otorgada por el representante al representado, como la situación jurídica en la cual se encuentra este último”<sup>1</sup>**

Según la doctrina argentina, en la idea del especialista en el tema, Ernesto A. SANCHEZ URITE, respecto al poder señala:

---

<sup>1</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Acto Jurídico Negocial” Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima 2008. Editorial Gaceta Jurídica. p. 108.

“ (...) debemos colocar el término poder en su significación y alcances precisos, o sea que cuando una persona actúa con poder de representación en nombre de otro, tenga reunidos todos los requisitos necesarios para que ese acto que realiza, produzca sus efectos directa e inmediatamente en la persona del representante, como si este mismo hubiese realizado el acto. Poder es entonces, la facultad de representación que tiene una persona de otra. El acto por el cuál se inviste a una persona de la facultad de representación, se denomina acto de apoderamiento o procura; y el acto se realiza esta persona en virtud del poder de representación que se le ha conferido, se denomina negocio representativo”<sup>2</sup>.

En la doctrina alemana, según el jurista Josef HUPKA, respecto al concepto de poder indica:

“El termino „poder (vollmacht) ha sido empleado por los juristas del derecho común con muy distintas significaciones. En el sentido más amplio significa cualquier forma de poder jurídico de disposición sobre el patrimonio ajeno (cfr.; por ejemplo Windscheid, pandekten, I 74, n 1; Brinz Pan C. 2ª Edición. II, p. 775 n. T 9). Ordinariamente, sin embargo, se limita ese concepto al campo de la representación, sin que por esto adquiera una significación fija, ... designa solamente la facultad de representación fundada en la voluntad de las partes, o la declaración de voluntad emitida por el principal y constitutiva del poder, o el documento en que consta ese poder. Modernamente es general la tendencia a limitar la expresión „poder (vollmacht) a la declaración, dirigida a los terceros”<sup>3</sup>

Para luego posteriormente, el destacado jurista alemán, señalar que poder:

“Es la capacidad de ejecutar con éxito un acto jurídico, se trata de un poder material en oposición a una situación de impotencia, de una potestad, que en realidad encierra en si ordinariamente el poder de obrar lícitamente...” El citado autor nos define asimismo el acto de apoderamiento como: “La concesión del poder necesario para una representación eficaz”<sup>4</sup>.

Todos los conceptos consideran a la facultad y capacidad (aptitud), para actuar en representación de una persona, pero sin hacer coincidir a ambas, dejando incompleto el alcance real que tiene, así como su contenido. Recapitulando las ideas, entendemos el poder como la investidura, mediante el cual se indica la correspondiente atribución, procura o acto de apoderamiento en la representación voluntaria, autorización conferida por el *Dominus Negotii*

<sup>2</sup> SANCHEZ URITE, Ernesto A. "Mandato y representación". Buenos Aires 1986. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot. p. 27.

<sup>3</sup> HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. pp. 9-10.

<sup>4</sup> HUPKA, Josef. "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid 1930. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral. pp. 28-29.

al representante, para realizar actos jurídicos de representación, invistiéndole de facultades, acto de disposición, unilateral, autónomo, denominado *procura* en sentido estricto, sub-especie de la representación. En el supuesto de la representación legal, el poder viene directamente, *ope legis*, por la relación de parentesco, o indirectamente, con la mediación del juez o de la autoridad administrativa, que acoge la designación de progenitor, testador, donante, o nombra al representante; mientras que en la representación orgánica, el apoderamiento se remite sin más a la norma jurídica para la generalidad de las personas jurídicas de derecho público, o a los estatutos de la sociedad, la corporación o la fundación, que en veces exige su desarrollo en una elección por parte del órgano interno competente. Y en la llamada representación voluntaria, puede hablarse en términos generales de un *acto de apoderamiento*, tradicionalmente asimilado al mandato o que deriva de él o de cualquier otro negocio de gestión. Para nosotros el poder es simple y exclusivamente un acto de autorización, esa es su función práctica, y de indudable trascendencia económico social, que se agota en la investidura. El poderdante autoriza al apoderado para actuar en lo suyo; siendo obligación y deber del apoderado o representante realizar el acto en los términos establecidos en el poder otorgado.

### **7.1.1.- CONTENIDO.**

Por el principio de autonomía de la voluntad, el poderdante se encuentra facultado para establecer en el poder todas las estipulaciones que considere necesarias, las mismas que no deben contravenir el orden público y las buenas costumbres. Estipulaciones que pueden comprender aspectos tanto de fondo como de forma, y lo más importante, en cuanto a sus alcances, son límites.

Comprende, pues las facultades, su extensión, así como los límites que impone. Hablamos de contenido, cuando nos referimos a la integridad del

poder, comprendiendo tanto a las formalidades del acto, como a los actos permitidos y prohibidos que contiene el poder.

Tiene mucha importancia el contenido del poder, dado que, nos permite medir las facultades del apoderado, establecer la Cooperación jurídica. Sin embargo, el Código añade al apoderamiento voluntario, el apoderamiento por ley, con lo cual amplió los alcances de la teoría. Asimismo, al separar el mandato de la representación, se distinguen los efectos de los mismos, excluyendo en la representación los efectos del acto principal para el representante participe.

### 7.1.2.- EXTENSIÓN Y LÍMITES.

Respecto al tiempo, cabe la condición suspensiva, señalando plazo desde el cual hayan de surtir sus efectos. Los actos realizados por el representante con anterioridad no obligan al representando, ni aun después de cumplirse la condición o vencer el plazo, pues el poder no tiene eficacia retroactiva, pero pueden ser objeto de ratificación por el representado.

En lo que concierne a los elementos personales, según que el representante venga autorizado para contratar con cualquier tercero, o sólo con una persona concreta y determinada. La limitación a persona concreta y determinada puede desprenderse de la forma de su otorgamiento o del contenido del poder. En cuanto al objeto, hay dos clases de poderes: **Especiales**, cuando se refieren a un negocio concreto y los **Generales**, cuando se refieren a cuestiones no específicas sino cuestiones generales.

### 7.1.3.- EJERCICIO DEL PODER.

Recabar la autorización de éste para la sustitución es algo que no siempre es fácil hacerlo con la necesaria rapidez y urgencia que puede requerirse. Ocurre también que determinadas gestiones pueden ser llevadas a cabo indiferenciadamente por cualquier persona. Por otra parte, han de examinarse



brevemente las actuaciones del representante que subordinen el interés del representado al suyo propio cuando el poder se dio para satisfacer el de aquél.

Es indubitable que el otorgamiento de un poder de representación descansa en una confianza hacia la persona del apoderado, que da a la relación representativa un marcado carácter personal, pero no lo es menos que en determinadas circunstancias puede colisionar este principio con otro, el de la máxima eficacia práctica y posible fungibilidad de la gestión representativa, que tratará de impedir que cualquier impedimento en la persona del representante paralice la gestión con daño para los intereses del representado o poderdante.

#### **7.1.4.- SUSTITUCIÓN.**

Constituyendo la representación un acto de confianza, el representante está obligado a ejercerla personalmente, salvo que el representado le haya facultado la sustitución expresamente.

Nuestro Código Civil, establece en el *Artículo 157*, *“el representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución”*.

Esta figura supone de poder especial que faculte al representante para hacerse sustituir por otro representante para el representado, es decir, por la sustitución del poder, el representante instituye otro representante para el representado. El representante hace la sustitución en nombre de su representado, obligando a éste respecto del sustituto y viceversa, es decir, el representante celebra un acto en iguales condiciones que todos los demás para los cuales se le otorgó poder y así como puede comprar, vender, hipotecar, a nombre de su representado, obligándolo respecto de aquellos con quienes contrata, puede también, realizar el acto de sustitución por el cual el

representado queda directamente obligado en favor del sustituto y éste respecto de aquél respectivamente .

Se da crea relación directa entre el representado y el sustituto representante. El sustituto representante está obligado a expresar en los actos que celebre que procede a nombre del representado, de tal modo que los efectos se producen directamente respecto a éste. El nuevo representante puede ser instituido con las mismas o menores facultades que el sustituyente. Sea que el representante delegue todas o parte de sus facultades al nuevo representante (el sustituto), no queda desvinculado de la relación representativa, pudiendo dar instrucciones al nuevo representante para el ejercicio del negocio encomendado o incluso, pudiendo revocar la sustitución, salvo que el representado haya dispuesto que en caso de sustitución se extingue la representación original, conforme los *artículos 158 y 159 del Código Civil* .

En la práctica jurídica, ambos términos, sustitución y delegación, se vienen utilizando como sinónimos. Sin embargo, en materia de representación procesal sí se distingue entre sustitución y delegación del poder. El apoderado puede sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello. El código sustantivo nuestro, no distingue entre sustitución, que cuando es total, desvincula de la relación representativa al representante original, cuyo lugar viene a ser ocupado por el sustituto y delegación por la que el representante original permanece vinculado al representado.

La figura de la sustitución supone el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla; la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación. La actuación del apoderado sustituto o delegado, obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas. La formalidad para la sustitución o la delegación es la misma que la empleada para el otorgamiento del poder conforme el artículo 77º del C.P.C.

En la práctica pueden presentarse los siguientes casos de sustitución:

1° Al representante se le ha prohibido la sustitución. Lo hecho por el sustituto será ineficaz.

2° Al representante no se le ha facultado para sustituir, lo que debe interpretarse como que no se le ha autorizado. El principio general es que no puede sustituir

3.° Al representante se le ha facultado para sustituir, pero sin designación de personas, y el nombrado por este como sustituto era notoriamente incapaz o insolvente. Lo hecho por el sustituto será ineficaz. Al respecto el maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez refiere:

“Si el representante ha sido facultado para nombrar un sustituto sin señalarle la persona o personas, es responsable frente al representado por los hechos del sustituto cuando incurre en culpa inexcusable en la elección, así cuando hace la designación en una persona que sabe o debía saber que es incapaz o que no tiene solvencia. Pero los actos celebrados por el sustituto son válidos.

El representante es responsable ante el representado por las instrucciones impartidas al sustituto. El representado puede accionar directamente contra el sustituto o contra ambos conjuntamente. Entre representante y sustituto no existe responsabilidad solidaria, salvo que el representado la hubiere establecido expresamente (art. 1183)”<sup>5</sup>

Teniendo en cuenta característica y función, el empoderamiento del representante legal no puede transferir sus facultades, en bloque a otra persona, es decir el representante legal no puede designar a un sustituto que lo releve de todas sus funciones, pero sí encomendarle algunas específicas. ¿Por qué? Porque la representación es un elemento de *munus publicum*, de carga pública, conferido intuitu personae por la Ley al representante legal.

Fernando Hinestrosa, citando a Magri y Von Tuhr, señala que :

**“No es delegable la función de representante legal entendida como el conjunto de poderes y de deberes de naturaleza personal y patrimonial, conferido intuitu personae por la Ley al representante legal, constitutiva de un cargo de derecho privado enderezado a realizar un interés privado del incapaz y un interés público genérico, dirigido a asegurar una tutela idónea a las personas incapaces”<sup>6</sup>**

<sup>5</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 368.

<sup>6</sup> HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.283-284.

En la doctrina española, se contrapone la "sustitución" en sentido propio, al sub apoderamiento. En la primera se daría un traspaso de las facultades, sin que el apoderado sustituyente pueda revocarlo o reasumir el poder, al paso que en la segunda es de suyo revocable, la delegación.

### **7.1.5.- EXTINCIÓN DEL PODER.**

Son las causas de terminación del poder, y van desde las de sencillez hasta las de inmensa complejidad. Veamos algunas formas de extinción del poder, a saber :

- a) Revocación del poder.
- b) Remoción del representante.
- c) Realización del acto encomendado.
- d) Cesación de la causa fuente. Ejemplo, cesación de la incapacidad: Cese de la curatela, cese de la tutela de los menores sujetos a patria potestad.
- e) Muerte del representado o extinción de la persona jurídica. La muerte de la persona natural o la extinción de la persona jurídica conllevan la extinción de los poderes que hubieran otorgado.
- f) Muerte del representante.
- g) Vencimiento del período de ejercicio.
- h) Cuando el representante incumple con sus obligaciones.
- i) Cuando la ley lo dispone expresamente.
- j) Renuncia de la representación.
- k) Cuando el acto de otorgamiento del poder es nulo.

La doctrina, italiana en los aportes de Bigliazzi-Geri, citado por Fernando Hinestrosa<sup>7</sup>, clasifica de la siguiente manera, las causas de extinción del poder de representación:

---

<sup>7</sup> HINESTROSA, Fernando. "La Representación". Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p. 421.

- a) Contenido del acto de apoderamiento;
- b) Decisiones del representado o del representante;
- c) Hechos posteriores atinentes a la persona y a la capacidad de cualquiera de ellos.

Es imprescindible tener presente algo elemental, en la vida todo lo que nace, muere, y más por la naturaleza del ser humano, como dicen los dioses de la mitología griega al referirse de los hombres, son seres fugaces. El poder no es perpetuo, y una vez que nace se encuentre, en su fugaz existencia, sometido a invariables vaivenes de la vida, innumerables modificaciones y también muerte, es decir el poder cesa y culmina su existencia, por fenómenos extraños a la decisión de las partes, determinación conjunta de ellas, y por decisión unilateral de cualquiera de ellas también.

#### **7.1.6.- RATIFICACIÓN.**

La ratificación es un acto jurídico unilateral, y debe ser considerado como recepticio. Pero sólo la que ha sido recibida por el tercero que ha contratado con el representante alcanza sus plenos efectos jurídicos. Quiere decirse con ello que si la ratificación no ha llegado a su conocimiento no queda privado de su poder de revocar el acto, cuando disponga de tal facultad, o de la posibilidad de considerar ineficaz el negocio por transcurso del plazo para el cumplimiento de la condición de ratificación cuando existiera un acuerdo en tal sentido. El sujeto de la ratificación es normalmente el principal o dominus negotii, esto es la persona en cuyo nombre o por cuya cuenta ha actuado el representante.

Cuando se actúa en forma representativa en nombre de un principal o por cuenta de éste, pero sin poseer expresamente poder de representación o excediéndose o extralimitándose en el uso del poder concedido, la actuación del gestor no vincula al principal, ni de ella se sigue ninguna consecuencia para éste. Respecto de él es irrelevante. Sin embargo, el principal puede a posteriori, aceptar la actuación del gestor o asumir sus consecuencias. La

actuación del gestor se transforma entonces en actuación plenamente representativa y despliega, en el orden de la representación, todos los efectos que son propios de ésta .

La concesión del poder de representación es a priori mientras que La ratificación es a posteriori . Nuestro Código civil dedica a la ratificación una atención muy escasa y esporádica. Se admite que la ratificación puede hacerse expresa o tácitamente. La ratificación expresa debe entenderse sometida a los mismos requisitos de forma que legalmente sean necesarios para el acto a ratificar. La ratificación tácita es un comportamiento del principal llevado a cabo mediante actos concluyentes, que entraña una inequívoca aceptación de lo hecho por el representante que es contradictoria con un posterior ejercicio por su parte de una acción de nulidad.

El principal, necesita poseer la capacidad de obrar necesaria, para poder ratificar eficazmente la gestión del representante. De acuerdo con una larga tradición doctrinal y jurisprudencial, es retroactivo el efecto de la ratificación.

La potestad de ratificar no constituye un derecho personalísimo del representado, por lo que se transmite a sus herederos. La ratificación se diferencia de la confirmación por lo siguientes características:

- a) La ratificación es el acto por el cual el ratificante hace suya la declaración de voluntad ejecutada por el pseudo representante (o con representación insuficiente) en nombre del dominus (el ratificante). La confirmación es la convalidación de un acto anulable por el titular de la acción de anulabilidad.
- b) Se ratifica un acto ajeno (el del falsus procurator) y se confirma un acto propio (el del confirmante).
- c) La ratificación supone la existencia de un acto válido pero ineficaz para el dominus. La confirmación supone un acto eficaz ab initio pero amenazado de destrucción para el caso de que la parte interesada solicite que judicialmente se declare nulo por adolecer de alguna causal de anulabilidad (error, dolo, etc.).

d) Por la ratificación el ratificante incorpora en su patrimonio los efectos de un acto en el cual no fue parte. Por la confirmación el confirmante suprime la amenaza de ineficacia definitiva del acto que confirma, el cual ya no podrá ser impugnado de anulabilidad.

e) El objeto de la ratificación es hacer que el acto afecte al ratificante y El objeto de la confirmación es impedir la invalidación del acto anulable mismo

## **7.2.- CLASES DE PODER.**

Se establecen en función a las facultades que ejercen los poderdantes, y estas son poder general y poder especial:

### **7.2.1.- PODER GENERAL.**

Consagra nuestro Código Civil en *el 1er párrafo del Artículo 155º.- "El poder general sólo comprende los actos de administración"*. Del texto del art. 155º se deduce que la clasificación del poder en general y especial es en base tanto a la extensión de los actos que comprende como a las facultades que se confieren al representante. Esta clasificación sirve para determinar qué actos puede realizar el representante en forma válida.

Por las potestades dadas, el poder general únicamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; son actos de "administración ordinaria" tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración.

Respecto el Poder General el jurista nacional Aníbal Torres Vásquez, señala precisamente dos perspectivas del poder General, la Primera que:

**“Por su extensión:** (...) Poder general es el otorgado para realizar todos los actos del representado (todos ellos o con algunas excepciones), salvo aquellos para los que la ley exige poder especial”<sup>8</sup>.

En referido jurista en relación a la segunda perspectiva, precisa que es:

**“Por las facultades conferidas:** El poder general solamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; el apoderado general «puede ejecutar todos los actos aun de disposición, que tienen por objeto la administración» (Baudry Lacantinerie); son actos de administración ordinaria tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración”<sup>9</sup>.

El jurista Aníbal Torres Vásquez refiere que el poder general en este caso constituye un “poder especial”, cuando:

**“Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como se dice «poder amplio y general», el poder otorgado para vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo, firmar vales y pagarés y descontarlos; girar, aceptar, endosar, avalar y descontar letras de cambio; girar endosar y cobrar cheques; abrir y cerrar cuentas corrientes, cuentas de ahorros, depositar y retirar valores en custodia, etcétera”<sup>10</sup>.**

La idea del referido maestro sanmarquino, es que quien tiene poder general está revestido de mayor poder, frente al quien tiene poder especial, por así decir, para realizar actos de trascendencia jurídica, y que son los más valiosos económicamente y frecuentes en la práctica, como disponer bienes inmuebles prediales. Criterio que no compartimos, más allá que el propio Aníbal Torres, refiera líneas más arriba de la parte del texto citado, que *“El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva”*; por cuanto en la práctica, específicamente del área Registral y Notarial, es generalizada y está consolidado la idea que el poder para disponer es el poder especial, revestido

---

<sup>8</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 363.

<sup>9</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

<sup>10</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 364.



según a lo estipulado en el artículo 156° del Código Civil, existiendo jurisprudencia registral nacional innumerables.

### **7.2.2.- PODER ESPECIAL.**

El Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de "administración extraordinaria" por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar).

*El 2º párrafo del Artículo 155º de nuestro Código Civil consagra "El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido".* Del texto del art. 155 se deduce que por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante.

Sucede con frecuencia en la práctica que a un poder en el cual el poderdante designa una serie de actos que debe realizar su apoderado, se le denomina "poder general", cuando en realidad es "especial". Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como se dice "poder amplio y general", el poder otorgado para vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo. El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva. El poder especial se rige por el principio de la literalidad, esto es, debe ser otorgado por escrito. En relación a la representación judicial, nuestro Código Procesal Civil vigente, establece:

*"Art. 75º.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para*

*demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de la literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente".*

Nuestro Código Civil, norma el poder para actos de disposición al establecer:

*"Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad".*

El apoderamiento no está sometido a forma ad solemnitatem por regla general. El apoderamiento se dará por una declaración expresa o tácita, ello conforme al principio de libertad de formas que enarbola el Código Civil. Y como excepción está la forma probatoria y la solemne.

El maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, señala a su vez dos perspectivas del poder especial, la Primera que:

*"Por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante"*<sup>11</sup>.

La segunda, servirá para delimitar que:

*"Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de administración extraordinaria por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar, etc)"*<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

<sup>12</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363.

### 7.3.- PODER IRREVOCABLE.

El Derecho Comparado, la doctrina y la jurisprudencia admiten hoy sin ninguna discusión, la inclusión de la cláusula de irrevocabilidad. Si bien la revocación del poder al arbitrio del representado es una de las causas de su extinción, no existe norma legal que prohíba fijar su irrevocabilidad, libremente.

En la doctrina nacional este tema es de los más polémico, muy a pesar de lo infrecuente que resulta esta figura en la práctica, los escasos casos han sido controvertidos y han llegado a conocimiento del Tribunal Registral, y a la Corte Suprema de Justicia.

Esta figura fue conocida y admitida en Roma; en la vida académica nacional a merecido inclusive la sustentación de tesis en nuestra casa de estudios a nivel de pre grado. Tema en la que el flamante clásico del Derecho Civil peruano, Angel Gustavo CORNEJO, admite en dos supuestos el poder irrevocable:

- “a) El mandato deja de ser revocable, cuando se hubiese otorgado no sólo en interés del mandante, sino en interés de éste y de un tercero o cuando también, el interés del mandatario estuviera implicado.**
- b) Cuando el mandato forma parte o es cláusula especial de un contrato sinalagmático, pues en tal caso está subordinado a una relación contractual más amplia y sigue su suerte”<sup>13</sup>**

Lo importante es definir con claridad y sin crear problemas, en qué casos cabe configurar como irrevocable un poder, y cuáles son los efectos de la irrevocabilidad, pues la misma debe hallarse justificada por ser excepción a la normal revocabilidad de toda representación. La doctrina nacional, al respecto

---

<sup>13</sup> CORNEJO, Ángel Gustavo. “Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)” Lima 1941 . AÑO V. <sup>13</sup> CORNEJO. NUMERO 1. TOMO V. “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”. Director Pedro M. Oliveira. Decano. p.171.

en la boca del jurista peruano Aníbal Torres Vásquez, al analizar previamente el artículo 153º del Código Civil que regula el poder irrevocable, sostiene que:

“Del art. 153º se deduce que el poder es irrevocable cuando:

1º. Se otorga para un acto especial;

2º. Se otorga por tiempo limitado;

3º. Cuando se otorga en interés común del representado y del representante; y

4º. Cuando se otorga en interés común del representado y de un tercero.

Los dos primeros casos no tienen justificación alguna. Disposiciones como ésta no busca solucionar sino crear problemas sociales, o sea, hacen todo lo contrario a la función que debe cumplir el Derecho. ¿Qué puede justificar que el poder otorgado para vender un bien (acto especial) o el otorgado para administrar un negocio por seis meses (poder por tiempo limitado) sea irrevocable? Por supuesto que no existe justificación alguna. La irrevocabilidad del poder se justifica únicamente en el 3º y 4º caso. En estos casos se justifica que sea irrevocable mientras subsista el interés del representante o del tercero y no solamente por un año como lo dispone el art. 153.

El poder es irrevocable cuando ha sido conferido en interés común del representado y del representante o de un tercero.”<sup>14</sup>

La irrevocabilidad del poder siempre es factible de producir dos consecuencias jurídicas: Primero, Indemnización por el poderdante de daños y perjuicios si revoca, con lo que la irrevocabilidad sería el resultado de una mera obligación de no hacer, y por lo tanto la irrevocabilidad sería relativa; y Segundo, la ineficacia de la declaración de voluntad revocatoria, con la consiguiente subsistencia del poder, la declaración revocatoria no lo extingue, por lo tanto sería absoluta la irrevocabilidad.

Por cierto la irrevocabilidad con su eficacia absoluta es clara cuando es el medio o instrumento para cumplir un negocio celebrado entre el representado y representante, o entre representado y terceros. Aquí no se da el poder en interés exclusivo del representado, lo que no justifica la revocación ad limitum, sino también en el del representante y/o terceros, por lo tanto el ordenamiento jurídico tiene mayor amplitud de tutelar intereses, no sólo del representado sino también del representante y/o terceros. Admitir la eficacia de la revocación sería algo como autorizar el incumplimiento del contrato unilateralmente.

---

<sup>14</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. pp. 360/361

Según la doctrina italiana, la revocación es un negocio jurídico con características específicas a la luz de la postura del jurista Luigi FERRI, citado por Morales Hervías<sup>15</sup>, cuando refiere que:

**“Resulta caracterizada por siguientes notas: a) es un acto unilateral; b) debe provenir del autor del acto revocando; c) es siempre realizada extrajudicialmente; d) no es necesariamente condicionada por circunstancias sobrevenidas o hechos nuevos”.**

Cabe preguntarnos ¿La irrevocabilidad adquiere siempre carácter absoluto en relación con los terceros? Se dice que la eficacia absoluta es una exigencia de la necesaria protección de los terceros. Sin embargo, debe limitarse tan extraordinario efecto a los terceros de buena fe, es decir, en nuestro caso, a los que hayan desconocido la revocación en forma objetiva.

Por otro lado, de ninguna manera desconocemos la opinión de aquellos, que no admiten la figura del “Poder Irrevocable”, en el sentido que sostienen que el término “revocatoria”, no es el apropiado, sino el Desistimiento, señala así Rómulo Morales Hervías, siguiendo a un sector de la doctrina italiana, que interioriza la idea a través de los estudios de investigación jurídica del jurista colombiano Fernando Hinestrosa, quien citando a BAVETIA, y CARINGELLA e DE MARZO, sostienen:

“La tesis que ha encontrado mayor favor en la doctrina es la de que el término “revocación” adoptado por el legislador es expresión de una facultad particular concedida al mandante de disolver unilateralmente la relación de mandato y, en cuanto tal, es considerado como un caso típico de desistimiento [...] El análisis reconstructivo dirigido a explicar el fenómeno complejo de la revocación del mandato, debe partir de dos elementos ciertamente fundamentales y objetivamente indiscutibles: ante todo, de la comprobación de que el término 'revocación' no se emplea ni puede ser entendido en sentido técnico; además, de la observación de que, según la previsión normativa, lo que se quiere conceder al mandante no es tanto la posibilidad de una *restitutio in pristinum*, o sea de una reconstrucción de la situación preexistente a la estipulación del

---

<sup>15</sup> MORALES HERVIAS, Rómulo. “La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico”. Lima, 2005. p.11.

mandato, cuanto de impedir que el mandato produzca sus efectos típicos o, si la ejecución ya comenzó, que los produzca ulteriormente"<sup>16</sup>.

Según Morales Hervías<sup>17</sup>, es importante, diferenciar la revocación y el desistimiento, al señalar:

“El desistimiento es el poder de dejar sin efecto un contrato mediante la manifestación de voluntad de una sola de las partes o de ambas si se ha previsto o se ha regulado de esa manera. El desistimiento opera sobre el plano de los efectos. En el desistimiento hay una retractación del contrato. Uno se desiste porque la razón que lo impulsaba a contratar ha desaparecido y por eso está autorizado a dejar sin efecto un contrato válido y eficaz. En cambio, la revocación es un poder que “incide directamente sobre un acto precedente, provocando su eliminación”. La revocación “presenta todos los caracteres del negocio jurídico, comprendida la congruencia de los efectos respecto a la causa”. Así las cosas, es un negocio extintivo con el cual “un sujeto contradice su propia precedente declaración de contenido negocial; y que seguidamente a la revocación el ordenamiento niega relevancia a la declaración impidiendo que ella produzca (o concurra a producir) efectos jurídicos”. La revocación “mueve un impulso de arrepentimiento que lleva al autor del acto a rechazar aquello que quiso”

A Morales Hervías, lo acompaña Juan Espinoza, quien también resalta la gran importancia dogmática de la distinción conceptual existente entre acto y negocio, e interrogándose para qué sirve el concepto del acto jurídico, señala lo siguiente:

**“Desconocer las clasificaciones equivale a formular argumentos con aberraciones jurídicas. Seguramente para quienes propugnan los planteamientos exclusivamente funcionales no habría necesidad de distinguir la revocación del desistimiento. Justamente el desconocimiento de esta distinción ha causado muchos problemas jurídicos no sólo a los operadores jurídicos sino también a los particulares”<sup>18</sup>.**

<sup>16</sup> HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p. 423.

<sup>17</sup> MORALES HERVIAS, Rómulo. Ob. Cit. p. 11-12. MORALES HERVIAS, Rómulo. “La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico”. Lima, 2005. p.11.

<sup>18</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan “*El acto jurídico a través de la jurisprudencia*”, en “Diálogo con la jurisprudencia”, Número 74, Noviembre, Año 10, 2004, Gaceta Jurídica. p. 80.

En el tema del Poder Irrevocable, el debate de las ideas jurídicas está abierto sin duda alguna, y teniendo en cuenta que todos los sistemas de ideas, lo han señalado tanto el filósofo español José Ortega y Gasset “Historia como Sistema” y el mayor de los historiadores de las ideas filosóficas, Frederick Copleston, profesor de la Universidad Gregoriana de Roma, no obstante no son del todo consistentes, tienen incoherencias, siendo respecto al término “revocación” indudable la pertinencia y precisión que se efectúa.

#### **7.4.- PODER APARENTE.**

En términos generales, la definición del representante sin poder no resulta difícil de realizar. Existe en todos aquellos casos en que una persona lleva a cabo una actividad que es externamente representativa (lo que significa que es reconocible que actúa por y para un dominus negotii), pero sin tener para ello suficiente poder de representación. Puede ocurrir así porque tal poder no existe ni ha existido nunca. Puede ocurrir también porque se desarrolla la actividad representativa cuando se había extinguido el apoderamiento. El efecto es similar y puede grosso modo englobarse en los mismos casos cuando en el poder de representación existe, pero el acto se ha realizado excediendo de los límites del poder. Al representante sin poder le denomina la doctrina tradicional *falsus procurator*. Concurren en el Poder Aparente, dos hipótesis, el representante sin poder y el falso procurador.

El poder aparente está previsto en el artículo 161° del Código civil y es esta hipótesis la doctrina en la idea del maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, que señala:

**“Cuando una persona se presenta al exterior atribuyéndose una representación de la que en la realidad carece (*falsus procurator* -representante falso-), o cuando teniendo poder el representante se excede en los *límites de su contenido*, atribuyéndose facultades que no le han sido conferidas o violando las otorgadas”<sup>19</sup>**

---

<sup>19</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 370.

El mismo jurista también señala:

**“Se habla de *defecto de representación* para referirse a la hipótesis en la cual falta el poder de representación, y de *exceso de representación* cuando el representante está dotado de poder, pero no para el acto que ha concluido”<sup>20</sup>**

La nota distintiva más resaltante del acto llevado a cabo por un representante sin poder es que se admite su posterior ratificación, cuando el dominus (representado) a posteriori lo conoce, lo acepta y asume. En este caso, el acto, aunque inicialmente ilícito en cuanto realizado sin poder, una vez ratificado produce todos sus efectos al igual que hubiera sido el acto de un representante con poder.

## **7.5.- DIFERENCIAS ENTRE EL PODER Y OTRAS INSTITUCIONES O FIGURAS JURÍDICAS.**

Tanto la legislación como la doctrina consultada en la presente investigación, no han logrado aún diferenciar a ciencia cierta el poder, del apoderamiento, como tampoco la relación interna entre interesado y gestor, de la *relación externa*: gestor y tercero, y menos la conexión entre ellas, con su repercusión sobre la esfera patrimonial del *dominus*. De esta manera, es usual la polisemia, cuando no la asimilación, de los sustantivos y verbos relativos al poder, a la representación, y más ampliamente a la intermediación. Para que una figura o institución jurídica sea tal, una de las formas de establecer su esencia, y existencia, es contrastando con otras, en sus diferencias y similitudes, partiendo de entender la misma figura en sus elementos o notas características. La doctrina más reputada viene considerando, desde LABAND,

---

<sup>20</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 370.



el apoderamiento como un negocio jurídico independiente del existente entre poderdante y apoderado que lo determina y en virtud del cual se crea, la “relación subyacente”.

El apoderamiento es un negocio abstracto, en cuanto que su efecto deriva del negocio de concesión de poder y no se ve influido por las vicisitudes de la relación subyacente. Ahora bien, ¿Cómo entenderíamos el carácter abstracto? El carácter abstracto es necesario entender como lo que es, es decir, de manera peculiar, por cuanto si bien no hay duda de que el negocio de concesión de poder, el negocio de apoderamiento tiene una causa típica: hacer un poder de representación, se da una peculiaridad y es que el apoderado pueda celebrar negocios jurídicos y otros actos. Si en lugar de entender por causa el fin práctico o empírico que se propone alcanzar el autor o autores del acto ó negocio, lo identificamos con su función económico social, también posee el negocio de apoderamiento su propia causa: el favorecer la conclusión de negocios o actos jurídicos por una persona distinta del sujeto al cual va a afectar lo realizado, facilitando la cooperación de las personas a la gestión de intereses ajenos propiamente.

En consecuencia, no podemos decir que el apoderamiento sea un negocio abstracto en el sentido usual de que carece de causa. Otra cosa distinta, y entonces el problema tiene sentido, es si damos a la relación subyacente el carácter de causa porque desde ella, y para facilitar su cumplimiento, se ha dado el poder, por ejemplo, el mandatario acepta el encargo de vender una casa y el mandante le otorga el poder para que lo cumpla, vendiendo la casa.

Se puede conceptuar el apoderamiento como abstracto si funciona totalmente desvinculado de la relación subyacente, en otras palabras, si pese a no existir por no haber nacido, por ser ineficaz, por haberse extinguido, o por ser ilícita, el apoderamiento es eficaz. De la misma forma, si el apoderado debía de haber actuado conforme a la relación subyacente (por ejemplo, en el ejemplo anterior,

el mandante le autoriza a vender no bajando el precio de una determinada cantidad), si no lo hace no por ello el negocio celebrado dejará de ser válido. Es claro que una doctrina semejante facilita el tráfico jurídico, su movilidad y su rapidez. Quien concede un poder de representación sabe a lo que se expone. En el conflicto entre el interés del dominus negotii y el del tercero que contrata con su apoderado es preferido este último.

Entre poderdante y apoderado es evidente el carácter causal de apoderamiento y su absoluta vinculación a la relación subyacente. El problema de la independencia entre apoderamiento y relación subyacente reviste un cariz completamente distinto según que se contemple desde el punto de vista de las relaciones entre poderdante y apoderado o con terceras personas. La cuestión se plantea únicamente desde el punto de vista de los terceros. La seguridad del tráfico jurídico y un normal y fácil desenvolvimiento de las relaciones jurídicas exigen que los terceros que contraten con el apoderado no tengan que conocer, examinar, investigar o preocuparse por estas internas relaciones existentes entre apoderado y poderdante y que puedan confiar exclusivamente en el existir externo del negocio de apoderamiento con su contenido. Ahora bien, un riguroso planteamiento del tema exige distinguir nítidamente los casos en que el tercero actúa de buena fe de aquellos otros en que la buena fe no existe. Por ello no hay verdadera abstracción e independencia del apoderamiento sino existe una serie de normas especiales de protección de los terceros de buena fe. El criterio de la buena fe del tercero es en nuestro Derecho positivo, básico para determinar la manera de funcionar el apoderamiento.

La especial protección que la independencia entre apoderamiento y relación básica supone, requiere que el protegido reúna la calidad de tercero de buena fe. La idea fundamental radica en comprender que para un tercero de buena fe el apoderamiento surte sus efectos con independencia de las vicisitudes de

la relación subyacente. Por el contrario, para quien no es un tercero de buena fe la relación subyacente, debe influir en la eficacia del apoderamiento.

El poder también es una forma o especie de autorización, siendo otras la ley y la ratificación. El autor tratará las diferencias del poder con otras figuras jurídicas, a saber:

### 7.5.1.- DIFERENCIAS ENTRE EL PODER Y EL NUNCIO

El representante apoderado forma y emite una voluntad propia, aunque lo haga en nombre y por cuenta de otro. El apoderado, tiene que realizar el negocio por su propia voluntad. El mensajero, *nuntius* o *nuncio* actúa de una manera totalmente distinta, es sólo un auxiliar en la manifestación de voluntad de los contratantes, es un facilitador que contribuye a que la declaración que se le dio pensada, llegue a su destino, éste no tiene participación activa en la formación de la voluntad del acto jurídico, es un mero instrumento sin voluntad propia que se limita a transmitir lo que se le ha predeterminado. El maestro Anibal Torres Vásquez, respecto al *nuncio* señala:

**“El *nuncio* (*nuntius*), emisario, mensajero, portavoz o transmisor de noticias es un colaborador material del *dominus negotii*. El *nuncio* carece de toda iniciativa en la formación del negocio, se limita a comunicar a otro la declaración de voluntad del *dominus*”<sup>21</sup>**

El referido maestro, en relación al poder, también señala:

**“El *poder* da al apoderado la potestad de producir efectos jurídicos a favor y en contra del poderdante, mediante los actos jurídicos concluidos en su nombre”<sup>22</sup>**

Resumiendo, el *nuncio* tiene una voluntad ajena; el apoderado tiene voluntad propia. El *nuncio* comunica la voluntad del *dominus*, el apoderado celebra acto jurídico. El *nuncio* actúa en nombre del *dominus*, el apoderado en nombre

<sup>21</sup> TORRES VASQUEZ, Anibal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 344.

<sup>22</sup> TORRES VASQUEZ, Anibal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 346.

propio. El nuncio únicamente actúa en actos no formales, mientras que el apoderado actúa en actos formales también.

### **7.5.2.- DIFERENCIAS ENTRE EL PODER Y LA REPRESENTACIÓN.**

En cuanto a diferencia entre poder y representación, el poder, es tanto la facultad otorgada por el representante al representado, como la situación jurídica en la cual se encuentra este último. ¿Es así en todo tipo de Representación?, si es así en todo tipo de representación. Sin embargo, sólo en la representación directa el representante tiene el deber de manifestar que obra en su condición de tal, a ello la doctrina denomina *contemplatio domini*, expresión del nombre del *dominus*, y buena parte de la doctrina ve en él un requisito de "intención de obrar por cuenta del otro", "elemento sicológico".

La *contemplatio domini*, obligación, deber o carga del gestor, o representante, no aparece como tal en el apoderado, lo cual no implica que en ocasiones debe expresar el nombre del interesado o *contemplatio domini*. El representante tiene el deber (carga u obligación según el caso) de hacer presente que no obra para sí y por cuenta propia, sino que obra por cuenta ajena y, primordialmente, el debe declarar el nombre de la persona por y para quien obra, y a la que así, naturalmente, irán a parar los efectos de su actuación (negocio o acto). Se trata de un *modo especial de obrar* del sujeto, que es condición del efecto propio de la representación sobre la esfera jurídica del interesado, a la vez que de la "alienidad" absoluta del representante en lo que hace a los efectos de su actividad frente al tercero.

Por su parte, Fernando Hinesrosa, a un alcance de la contribución de la doctrina alemana, en la configuración de la Representación y su distingo del Poder, precisa lo siguiente:

**“El representante no obra con base en la voluntad del representado, sino sobre la base del *poder (Prokura)*”<sup>23</sup>**

Nos preguntamos **¿Qué comprende el Poder?**, respondemos comprende el ejercicio de las facultades investidas por el poderdante al apoderado, legitimación para hacer válido el acto representativo.

Es importante distinguir la autorización otorgada para realizar ciertos actos, como por ejemplo para utilizar la imagen o la voz, contemplada en el artículo 15° del Código Civil de 1984, y aquella autorización que confiere facultades para realizar actos en representación del *dominus negotii*, como un contrato de compra venta de inmueble, por ejemplo.

En el primer caso los actos efectuados por quien tiene autorización, no importan representación del autorizante, sino ejercicio del poder del autorizado. En el segundo caso supone ejercicio de poder y de representación también.

Nos preguntaremos **¿Toda representación requiere de un poder para actuar?**. Respondiendo el autor, negativamente, y no, porque si bien es cierto que en la representación voluntaria sí es indispensable, sin embargo en algunas formas de representación legal no resulta necesario, porque supone ejercicio de funciones u oficios establecidos por ley misma.

Es un mecanismo para concretar la representación voluntaria y por consiguiente la actuación ante terceros por parte del representante, el poder. Formulamos la siguiente pregunta: ¿La designación de representante, importa un acto de apoderamiento? Respondiendo, no necesariamente, ocurre siempre y cuando vaya amparada de las facultades que contiene el poder. La simple designación sin contener las facultades pertinentes es insuficiente, por cuanto estaría vacía de contenido, sin facultades.

---

<sup>23</sup> HINESTROSA, Fernando. “La Representación”. Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.101.

En la representación voluntaria, aun cuando no se mencione la designación del representante, el otorgamiento de poder con las facultades pertinentes, lleva implícita la designación de él.

En representaciones donde las facultades se encuentran detalladas de manera expresa en normas legales, por ejemplo la representación orgánica, donde la designación del representante equivale o significa el acto de apoderamiento, aunque no se precisen sus facultades, porque estas están consignadas en la Ley misma.

### **7.5.3.- DIFERENCIAS ENTRE PODER Y MANDATO.**

El mandato nace en un acuerdo de voluntades, acuerdo formado por dos partes: el mandatario, quien adquiere y contrae obligaciones él mismo, y el mandante quien debe liberarle de las mismas frente a los terceros con quienes contrató para él. Por eso el mandato es un contrato. En el poder, el apoderado actúa dentro de los límites de su poder de representación, no contrae obligaciones para sí sino que las contrae directamente para su representado. El contrato de mandato puede ir unido al poder de representación, pero tal unión no es un rasgo característico, es decir, no es esencial del mandato, por todo ello el Código Civil peruano regula al mandato.

El Mandato significa acuerdo de voluntades, con vinculación jurídica de prestación y contraprestación, la celebración del contrato implica un acuerdo entre el mandante y mandatario. En el poder, el poderdante, otorga poder al apoderado, quien puede aceptar expresa o tácitamente, e incluso podría renunciar el apoderado al poder otorgado, y el poderdante podría revocar el mismo, se trata de actos de confianza aquí no hay acuerdo.

En el mandato, no se puede aceptar que el mismo pueda ser celebrado entre personas que no tengan la capacidad necesaria para contratar, o sea que no basta para celebrar el contrato de mandato el tener una capacidad limitada, por ejemplo capacidad volitiva; para celebrar el mandato se debe tener capacidad para contratar, es decir capacidad de obrar. En el poder, en cambio, no es ineludiblemente necesaria la capacidad de obrar del apoderado, en el momento en que ejercite el poder. En la doctrina nacional, el maestro Aníbal Torres Vásquez, señala:

**“Laband –citado por intermedio de Díez Picazo- fue el que caracterizó el poder como una relación jurídica autónoma. Sostiene, Laband, que el contrato de apoderamiento, es un contrato consensual, diferente del mandato, por medio del cual los contratantes se obligan recíprocamente, de tal modo que el efecto de los negocios jurídicos que uno de los contratantes (el apoderado) concluya en nombre del otro (el poderdante) deba considerarse como si el negocio hubiese sido concluido por este último por sí solo”<sup>24</sup>.**

## **7.6.- EL PODER EN EL DERECHO NOTARIAL PERUANO.**

Se encuentra regulado básicamente en la Ley vigente, el Decreto Legislativo N° 1049 del 26 de Junio del 2008. El Derecho Notarial, en el Perú tiene escaso desarrollo, siendo la función notarial de trascendental importancia, toda vez que es un área del derecho instrumental, que propicia la paz social, en seguridad jurídica.

### **7.6.1.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DEL NOTARIADO**

El origen histórico del Derecho Notarial, está ligado a la época de la conquista. Cristóbal Colón llevaba en sus viajes a un escribano (Notario),

---

<sup>24</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 347.

llamado Rodrigo de Escobedo, para que dé fe de la veracidad de lo que ocurría en sus pericias por las tierras que el denominó “el nuevo mundo”.

En España, en el momento que se produce la conquista en América (Siglo XV), regía la pragmática de Alcalá, en la que se ordenaba a los escribanos tener un protocolo, conservar y expedir traslados notariales.

En el Perú, durante la colonia, incluso luego rigieron las normas españolas. Recién después de 31 años de vida independiente, en 1852 se publicó el Código de Enjuiciamiento Civil, en dicha Ley se regularía por primera vez en la independencia, el tema del Derecho Notarial, regulando la función notarial con la autoridad del Escribano, como funcionario dador de fe pública, y requiriendo como requisito para acceder al notariado, el grado académico de bachiller en Derecho, y el gobierno se encargaba de nombrar al notario, en base a ternas propuestas por el poder judicial.

En seguida, veamos los artículos pertinentes del Código mencionado.

## **CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1852**

**ARTÍCULO 6.** La jurisdicción es ordinaria, privativa, voluntaria o extraordinaria.

### **TITULO V DE LOS ESCRIBANOS**

Artículo 212°. Habrá en cada distrito judicial funcionarios que autoricen las providencias judiciales, actúen las providencias judiciales, actúen en los pleitos extiendan los instrumentos públicos y custodien los archivos.

Artículo 213°. Estos funcionarios son de cuatro clases:

- 1.- Escribanos de cámara;
- 2.- Escribanos públicos ó de instrumentos;
- 3.- Escribanos de estado ó de actuación;
- 4.- Escribanos de diligencias



Artículo 228°.- Los escribanos públicos están obligados:

1º A extender en sus registros los testamentos, poderes, contratos y demás escrituras, con arreglo á las minutas que se les presenten, y á lo dispuesto en este Código y el civil.;

2º A archivar las minutas y formar de ellas un libro,

3º A manifestar los documentos públicos de su archivo á cuantos tengan necesidad de instruirse de su contenido, á presencia del mismo escribano;

4º A no permitir que mientras vive el testador se informe persona alguna de sus disposiciones testamentarias, si no fuese el mismo que las otorgó u otro.

### **PRIMERA LEY DEL NOTARIADO DEL PERÚ. LEY 1510 DE 1911.**

Se elimina el nombre de escribano y se usa el de NOTARIO.

Se independiza la función notarial de la judicial.

Pero se mantiene el control del Poder judicial .

Permitía la existencia de notarios no abogados

Reguló de mejor manera los instrumentos notariales.

### **LEY 16607 DE 1967 SE CREAN LOS COLEGIOS DE NOTARIOS.**

ARTICULO 2º.- En cada Distrito Judicial donde hayan más de cinco Notarios, habrá un Colegio de Notarios, que tendrá la misma sede que la respectiva Corte Superior.

### **LEY 22634 DE 1979**

Artículo 3.- La convocatoria a los concursos se hará por el respectivo Colegio de Notarios cuando se produzca vacante y su resultado será puesto en conocimiento del Primer Ministro para la expedición de la Resolución Ministerial del nombramiento y títulos correspondientes.

Artículo 9.- Suprímase la intervención de testigos en las escrituras públicas y en los poderes fuera de registro, salvo en los testamentos, cuyas formalidades se rigen por

las disposiciones del Código Civil, o cuando el Notario lo juzgue conveniente. Será obligatoria la presencia de testigos cuando alguno de los otorgantes sea ciego, tenga algún defecto que haga dudosa su habilidad o no sepa firmar, sin perjuicio de que imprima su huella digital.

Importancia de la función notarial.

Evita el surgimiento de conflictos o litigios.

Dota de seguridad jurídica a los contratos en los que interviene el notario.

Colabora con la paz social.

Asegura la certeza de los contratos.

### **7.6.2- CONCEPTO DE PODER NOTARIAL.**

Acto Jurídico por medio del cual unilateralmente, una persona (poderdante) confiere determinada facultad a otra persona (apoderado), con la finalidad de que este último ejerza dicho acto como si fuera él mismo.

### **7.6.3.- FORMALIDADES.**

Las formalidades requerida esta en función a cada una de las clases de poderes que enseguida detallaremos, y es la siguiente:

#### **7.6.3.1.- CUANTÍA.**

La Cuantía en función de cada una de las clases de Poderes es la siguiente y están fijadas en el D. S. 033-83-JUS, el que prescribe en su artículo 1º, fijando las cuantías para los poderes que se hagan valer en los procesos judiciales: Poder fuera de registro para las causas que no excedan de 3 UIT y para los procesos penales por faltas, poder por carta notarial con firma *legalizada para los procesos* que no excedan de 1/2 UIT. Se deduce que cuando las causas excedan de 3 UIT, el poder debe ser por escritura pública.

Además se establece las cuantías para los poderes con el fin de cobro de remuneraciones, pensiones y otros beneficios: más de una UIT por escritura pública; 1/2 UIT, poder fuera de registro; y menos de 1/2 UIT poder por carta con firma legalizada.

Estas formalidades no tienen el carácter de solemnes, puesto que su inobservancia no está sancionada con la nulidad del acto jurídico.

Cabe aclarar, que en caso de no ser susceptibles de valuación económica, los encargos conferidos por el poderdante, se aplicarán las normas del derecho común.

#### **7.6.3.2.- ACTOS Y FORMALIDADES.**

##### **7.6.3.2.1.- ACEPTACIÓN.**

Se da esta figura cuando el apoderado por otro lado expresa su consentimiento aceptando el encargo conferido Unilateral. Se requiere Escritura Pública.

##### **7.6.3.2.2.- RENUNCIA.**

Se presenta cuando el apoderado deja de ejercer la representación, renunciando a la misma. Acto Unilateral. Se requiere Escritura Pública.

##### **7.6.3.2.3.- REVOCACIÓN.**

Se presenta cuando el poderdante deja sin efecto el poder derogando a su representante (apoderado). Acto Unilateral. Se requiere Escritura Pública

#### **7.6.3.2.4.- SUSTITUCIÓN.**

Implica que el poderdante faculte expresamente al apoderado, a fin de que este se encuentre autorizado para delegar a Terceras Personas el encargo o la facultad conferida. Dicha sustitución puede ser total o parcial (determinada facultades). No requiere de Escritura Pública.

#### **7.6.4.- CLASES.**

Existen tres clases de poderes, que el Decreto Legislativo 1049, regula en su artículo 117º:

- a) Poder en escritura pública.
- b) Poder fuera de registro; y,
- c) Poder por carta con firma legalizada.

La última conocida más comúnmente como “Carta Poder”.

##### **7.6.4.1.- CARTA PODER.**

Documento privado, en papel simple, con la firma del poderdante certificada notarialmente. Este tipo de poder se utiliza normalmente para actos sin mayor trascendencia, como por ejemplo, para retirar un documento que se encuentra en una dependencia, o para que el apoderado pueda inscribir a una persona en una Universidad, sobre sumas inferiores a media unidad impositiva tributaria.

##### **7.6.4.2.- PODER FUERA DE REGISTRO.**

Documento Pre-impreso por los notarios, que no forman parte de su registro de Escrituras Públicas y que será firmado conjuntamente por el poderdante y el notario. Este poder no requiere para su validez de su incorporación al protocolo notarial. Cuando en esta clase de poderes se cite normas legales, sin indicación de su contenido y estén referidas a actos de otorgamientos de facultades, el notario transcribirá literalmente las mismas.

Estas dos primeras clases de Poderes, se utilizan mayormente para actos de administración y que no impliquen actos de disposición o gravamen, ya que para éstos se requiere que el poder conste en escritura pública.

#### **7.6.4. 3.- PODER POR ESCRITURA PÚBLICA.**

Documento Público (Escritura Pública) extendido por el Notario en su registro de Escritura Pública, para su redacción no requiere de minuta (Art. 58, Inc. A Decreto Ley N° 26002), y en la Ley vigente Decreto Legislativo N° 1049, en el “Artículo 58.- Inexistencia de la Minuta. No será exigible la minuta en los actos siguientes: a) Otorgamiento, aceptación, sustitución, revocación y renuncia del poder”.

Asimismo, consideramos que la ley hace precisiones técnicas necesarias para una realidad como la peruana, tan propensa a incumplir la Ley, y regula la obligación del Notario de informar al Notario donde se extendió la escritura de poder, ello en los supuestos en que se realizan actos en dos Notarias distintas, y que redundan en la seguridad jurídica. En efecto, la norma donde se establece dicha regla, es la siguiente:

**“Artículo 118.- Poder por Escritura Pública.**

El poder por escritura pública se rige por las disposiciones establecidas en la Sección Primera del Título II de la presente ley.

La modificatoria o revocatoria de poder otorgado ante otro notario deberá ser informada por el notario que extienda la escritura pública al notario donde se extendió la escritura de poder”.

### **7.6.5.- PODERES OTORGADOS EN EL EXTRANJERO.-**

Tenemos dos variables: Poderes Otorgados ante Notaría del Extranjero, y Otorgados ante el Cónsul Peruano. Es importante el tema, en la medida de su plena actualidad y vigencia, los mas de dos millones de conciudadanos nuestros esparcidos en todo el mundo utilizan estos instrumento cotidianamente, y por ello es necesario analizar estos temas.

#### **7.6.5.1.- PODER OTORGADO ANTE CÓNSUL PERUANO.-**

Debemos dejar constancia que de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores los funcionarios consulares tienen fe pública y se hallan capacitados, dentro de la jurisdicción de la oficina a su cargo, para autorizar los actos u contratos que se otorguen ante ellos, y que estén destinados a producir efectos jurídicos en el territorio Nacional o fuera de él, conforme a la legislación nacional y si lo permiten los acuerdos, usos y costumbres internacionales.

Los Cónsules del Perú se encuentra repartidos en las principales ciudades del mundo, en algunos países tienen presencia en muchas ciudades, así es por ejemplo en Estados Unidos, en Suiza, estos funcionarios ejercen potestades propias de los Notarios del Sistema Latino, es decir otorgan a los documentos que suscribe Fe Publica, así mismo por mandato legal los documentos que expiden son documentos protocolables, en esa medida la matriz siempre obra en el despacho del consular, y extienden testimonio y parte consular. Asimismo para acreditar, en el Perú, el documento consular

deberá encontrarse legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

#### **7.6.5.2.- PODERES OTORGADOS ANTE NOTARÍA DEL EXTRANJERO.**

Ante dichos poderes debemos de respetar la formalidad adoptada por el documento en el país de origen, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2094 del Código Civil. Se debe tener en cuenta que el documento de origen conllevará la certificación de las diversas firmas de los funcionarios que van autorizando el documento (Ministerio de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores, Colegio de Notarios).

Asimismo, si el documento (poder) estuviera redactado en idioma extranjero, el mismo- deberá ser traducido. En este caso la traducción que se exige es la Oficial.

Por otro lado debemos precisar que los documentos que tiene validez y eficacia en el Perú, son los otorgados por Notarios, cuyos países adoptan el sistema del Notariado Latino, que existe para todos los efectos desde 1948, en que nació como una entidad internacional en Buenos Aires.

## **CAPÍTULO VIII**

# **LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA PERUANO**

### **8.1.- LA REPRESENTACIÓN DE FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN VIGENTE**

La Constitución de 1993, no contiene norma que regule la Representación de Familia, no podría regular, pecaría de reglamentarista, si regula aspectos relacionados a la tutela de Familia, del niño, el adolescente y de la madre. La Carta Magna vigente, consagra norma que regula la libertad de celebrar actos jurídicos, se refiere a ella cuando en el Artículo 2º numeral 14, prescribe como derecho de toda persona de “contratar con fines lícitos”. Además adviértase como defecto técnico, el hecho de señalar “persona”, cuando de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico (Libro I, de nuestro C.C.) lo más apropiado debió referirse a “sujeto de derecho”. Además el artículo 4º se refiere a la mencionada tutela familiar, prescribiendo que “La comunidad y el Estado protegen en especial (...)”, lo que debemos entender que el Constituyente procura la mayor tutela posible al niño, el adolescente y de la madre, además del anciano en situación de abandono.

#### **8.1.1.- HACIA UNA TEORÍA GENERAL.**

La idea matriz en este aspecto, es responder a la pregunta: ¿Nuestro Sistema Constitucional responde a un Sistema de Seguridad Jurídica Dinámica o Estática?



### **8.1.2.- SEGURIDAD: DINÁMICA Y ESTÁTICA.**

En todo el mundo el paso de una civilización agrícola a otra industrial significó el advenimiento de la modernidad (capitalista o socialista), con él surgen nuevos actores (Burgueses y Proletariados), nuevas instituciones: Las Empresas (organizadas para limitar la responsabilidad de los capitales afectados, en forma de Sociedad Anónima); y también lanza al mercado grandes propiedades inmobiliarias, liberándolas de su secular ostracismo, este hecho, más el surgimiento de grandes ciudades vinculadas por vías terrestres, lacustres, marítimas, y aéreas, entre unas y otras, acentuó la preocupación de recientemente constituidos Estados Naciones, por la seguridad de las transferencias de bienes, y la actuación responsable de los sujetos de derecho. Para el efecto se establecieron dos Sistemas de Seguridad Jurídica Dinámico y Estático. El Primero propende a tutelar la circulación de bienes, en el marco de la economía de mercado. La segunda a tutelar al titular primigenio de bienes y derechos.

### **8.2.- LA REPRESENTACIÓN DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL.**

Nuestra vida Republicana ha deparado la vigencia de tres Códigos Civiles, a lo largo de su historia, comenzando muy tarde la labor del legislador, en efecto el primer Código del Estado Peruano data de 1852, cuando la mayoría de los países de la Región ya tenían su regulación civil. Posteriormente en el siglo XX, vendrán dos Códigos, en 1936 y 1984, este último es el que en la actualidad se encuentra vigente.

#### **8.2.1.- CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1852.**

El Código Civil de 1852, fue dado en medio de inestabilidad política, y gracias al aporte desinteresado de muchos hombres de leyes, después de 31 años de vida independiente el Perú, asistía a la promulgación de una

de las más importantes leyes de la República. El especialista en Historia del Derecho, Carlos RAMOS NUÑEZ, es del criterio que:

“La sagacidad política de un gobernante como Ramón Castilla, bajo cuyo primer gobierno se gestarían los dos primeros proyectos del Código Civil, hizo que liberales y conservadores participaran por igual en las comisiones de reforma. Al parecer, Castilla ambicionaba un código de transacción, de equilibrio entre las diversas tendencias. (...) A diferencia de otras experiencias latinoamericanas, en el Perú prevalecieron dos características: a) el trabajo colectivo, y b) una comisión codificadora omnisciente, que no se restringía a una sola tarea”<sup>1</sup>

A diferencia de los países de mayor tradición jurídica de la Región sudamericana, como Chile que tuvo en Andrés Bello a un gran codificador, Brasil que tuvo a Teixeira de Freitas; o la Argentina que encontró en Dalmacio Vélez Sarsfield, su gran codificador; en Perú la labor Codificadora fue obra colectiva, que se encargó a una junta de codificadores. Dicha comisión, estuvo presidida por Manuel Pérez de Tudela (Arica 1774-Chorrillos 1863), profesor de Derecho Romano en San Marcos, colaborador de la publicación “La Abeja Republicana” y Ministro plenipotenciario de Bolívar en Panamá; y conformada además por Francisco Javier Mariátegui (Lima 1793-1884); Manuel López Lisson (Guayaquil 1800 – Lima 1867); Mariano Carrera ( - Lima 1847); José Julio Rospigliosi (Tacna - Lima 1874), José Manuel Tirado (Lima 1809-1855), y José Luis Gómes Sánchez (Lima 1809-1855). Siendo que la Comisión de Códigos comenzó sus trabajos el día 2 de enero de 1846, conforme lo había estipulado el decreto del 20 de diciembre de 1845.

En lo que respecta al Derecho Civil, y más específicamente al tema del Contrato de Mandato, la Comisión se inspiró fundamentalmente en el Código Civil francés. No obstante, que en general el Código tiene también innegable influencia del Derecho Español, especialmente el Derecho Castellano, el Derecho de Indias y el Derecho Canónico. Fue un código Tradicionalista, debido a que regula sobre el clérigo, asimismo contempla muchas figuras de civil patrimonial vinculadas al feudalismo, como los

---

<sup>1</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos. “La Codificación del Siglo XIX; Los Códigos de la Confederación y el Código Civil de 1852” Tomo II. Lima 2005. Fondo Editorial de la PUCP. Primera edición 2001. Primera reimpresión. p. 182.

ingenuos, siervos, las capellanías y el patronazgo, e incluso del esclavismo, prescribe entre sus normas la esclavitud, y a los libertos.

El plan del Código de 1852, es el mismo que el Código Civil francés de 1804.

El Código se divide en:

- a) Título Preliminar** (de las leyes en general)
- b) Libro 1º:** De las personas y sus derechos.
- c) Libro 2º:** De las cosas: del modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellos.
- d) Libro 3º:** De las obligaciones y contratos.

En cuanto a la Representación de Familia, no regula específicamente como tal, también no tiene una regulación general, vale decir como Representación civil, en este orden de ideas asume como sinónimos los términos de mandato y procuración (artículo 1921), y lo que si regula es el mandato, que se encuentra contemplado en el Libro Tercero, Sección Quinta, Título I, Artículos 1921 al 1950. En seguida reproducimos el contenido de los artículos que estima el investigador, son de mayor trascendencia.

### **LIBRO TERCERO: DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS**

#### **SECCION V: DE LOS CONTRATOS FUNDADOS EN LA CONFIANZA.**

#### **TITULO I: DEL MANDATO.**

Art. 1921. Mandato ó procuración, es el contrato por el cual una persona encarga el desempeño de cierto negocios, á otra que los toma a su cargo.

Art. 1922. Este contrato se perfecciona por la aceptación del mandatario.

Art. 1923. El mandato es general o especial: general, el que comprende todos los negocios del mandante; especial, el que tiene por objeto uno ó mas negocios, pero ciertos y determinados.

Art. 1924. Puede celebrarse entre presentes ó ausentes, por escritura publica ó privada, y aun de palabra.

Art. 1926. Por el encargo que se hace en términos generales, solo queda autorizado el mandatario para actos de la administración.

Art. 1927. Para enajenar, hipotecar, afianzar, donar, transigir o disponer de cualquier otro modo de la propiedad del mandante, se necesita que el encargo conste expresamente y por escritura publica.

Art. 1928. El mandato se entiende gratuito, siempre que no haya convención en contrario.

Art. 1931. El mandatario esta obligado:

1. A desempeñar el mandato que hubiese admitido, mientras dure el encargo y no se le revoque; siendo responsable de los daños, y perjuicios que resulten de la enajenación;
2. A concluir el negocio o encargo que estuviese empezado a la muerte del mandante, si la suspensión puede perjudicar a los intereses de este;
3. A responder de las pérdidas y perjuicios que cause al mandante por dolo o culpa en el manejo de los negocios;
4. A sujetarse a las instrucciones que hubiese recibido del mandante;
5. A dar cuentas de su administración.

Art. 1937. Esta obligado el mandante:

1. A satisfacer al mandatario las anticipaciones y los salarios estipulados;
2. A indemnizar al mandatario las pérdidas sufridas por causa del mandato;
3. A cumplir estrictamente todas las obligaciones que hubiese contraído el mandatario con arreglo al poder y a las instrucciones que recibió.

Art. 1938. No está obligado el mandante a lo que hubiese hecho el mandatario excediéndose de las facultades o instrucciones que tenía; a no ser que lo ratifique después expresa o tácitamente.

Art. 1942. El mandato se acaba:

1. Por revocación del mandante;
2. Por renuncia del mandatario;
3. Por muerte, interdicción o quiebra del mandante o del mandatario;
4. Por concluirse el objeto para que se dio.

Art. 1943. El mandante puede revocar el cargo cuando lo parezca, y exigir del mandatario las cuentas, los documentos, y cuando concierna a la comisión.

Art. 1944. Debe notificarse la revocación, no solo al mandatario, sino a cuantos intervengan y sean interesados en el negocio.

Art. 1945. La revocación notificada solo al mandatario, no puede oponerse a los terceros que, ignorando la revocación, han tratado con el; pero en este caso le queda al mandante su derecho expedito contra el mandatario.

Art. 1948. Si el mandatario ignora que ha muerto el mandante, o que por otra causa debe cesar en el cargo, será valido cuando haga con esta ignorancia.

### **8.2.2.- CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1936**

Siguiendo tradición reciente; el Código Civil de 1936, fue obra colectiva, que se encargó a una junta de codificadores. Esta vez la labor Codificadora, estuvo bajo responsabilidad de los juristas: Manuel Augusto Olaechea y Olaechea, Alfredo Solf y Muro, Juan José Calle, y Pedro M. Oliveira, hombres de Derecho de primer orden. El jurista Ricardo

BEAUMONT CALLIRGOS, explica respecto al articulado relacionados a los temas del mandato y la representación:

“El Código Civil de 1936 constaba de un título preliminar de XXV artículos y 5 Libros: Personas, Familia, sucesiones, Reales, y Obligaciones. En la sección quinta del Libro Quinto, de los diversos contratos, fue tratado el de mandatos; (...) No aparece el tema de la representación”.<sup>2</sup>

Asimismo es preciso señalar que a la fecha de su promulgación se encontraba superada la teoría de la identidad entre mandato y poder, no obstante y siendo que el Código Civil de 1936, se inspiró en la doctrina francesa, reguló la representación como la faz externa del mandato.

De los mayores comentaristas del Código Civil de 1936, se encuentra el maestro sanmarquino Ángel Gustavo Cornejo, específicamente respecto al tema del contrato de mandato, tema estudiado y comentado en la “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”, cuyo Director fue Pedro M. Oliveira. Decano, en el año 1941, dedicando el comentario al “Capítulo XI. Mandato” p. 134-178, de la mencionada publicación, de mucha influencia a nivel nacional, en su tiempo. En dicha ocasión, y siguiendo a Sánchez Román, Ángel Gustavo Cornejo, dice que:

**“Para nosotros el mandato puede ser bilateral o unilateral, según o sea o no retribuido. Si se estipula, será bilateral; si no se estipula será unilateral (...) (Sánchez Román pag. 494)”<sup>3</sup>**

Asimismo, respecto a la delimitación del contenido del mandato, y explicando los alcances de una expresión del artículo correspondiente del Código Civil de 1936, el citado autor, dirá:

“52. Contenido del mandato.-

La expresión “el desempeño de ciertos negocios” ¿Ha de entenderse como limitativa, en el sentido de que sólo los negocios jurídicos pueden ser materia del mandato? Literalmente englobaría todos los negocios posibles ya fueran de naturaleza de hecho o de índole jurídica (...) La expresión legal literalmente entendida pecaría por exceso y estaría en discordancia con los antecedentes históricos del mandato y con la regulación que a este contrato da el Código Civil (...) Reducir el contenido de la expresión legal

<sup>2</sup> BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “Representación y mandato: Aciertos y desaciertos en el Código Civil de 1984”. Lima 1992. En: “Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor”. p. 95.

<sup>3</sup> CORNEJO, Ángel Gustavo. “Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)” Lima 1941. AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. “Revista de Derecho y Ciencias Políticas”. Director Pedro M. Oliveira. Decano. p.135.

para limitar el concepto del mandato a aquellos servicios que son susceptibles de aparejar una función de representación”<sup>4</sup>

Respecto a la representación, el jurista arequipeño, sostiene que:

**“La representación ínsita en el mandato consiste en el hecho puro de actuar un sujeto en nombre de otro”<sup>5</sup>**

Ángel Gustavo Cornejo, escribe también de la sustitución, revocación, representación indirecta, de la representación legal. Y asimismo comenta que entre nosotros, según opinión del autor del Código Civil, queda al arbitrio de los jueces, o a la jurisprudencia de los tribunales, el establecer los casos en que el mandato puede ser irrevocable, pues los principios en que se basa la irrevocabilidad son sustanciales en nuestro sistema jurídico. Asimismo agrega, que para que produzcan deben llenarse las formalidades estatuidas en el artículo 1651, esto es la revocación debe notificarse no sólo al mandatario sino a cuantos hayan intervenido (art. 143 C.de .P.C). que la notificación supone un mandato especial (art. 1627º, II parte) y debe hacerse personalmente, sin perjuicio de que la revocación se inscriba en el Registro de Mandato (Inc. 2º del art. 1066) en resguardo de los intereses de tercero. ¿Y si incumple con notificar al mandatario, u omite la inscripción en el registro de mandatos?. Responde el mismo Ángel Gustavo Conejo:

**“Los actos y contratos practicados por el mandatario, no tienen efecto ni pueden dañar a los que hubiesen contratado con él a título oneroso, a base del mandato inscrito en el registro del lugar de la celebración del contrato; después de la revocación (art. 1068)”<sup>6</sup>**

No legisló la representación en forma autónoma, como lo había hecho el Código Alemán o el Suizo, sino que incluyó sus reglas dentro de las relaciones que le servían de base.

En opinión de Ruy De La Riva Rossi, el Código de 1936:

**“Sólo se ocupa de la representación voluntaria al tratar del mandato, como si su conexión fuera necesaria e inseparable, cuando la representación voluntaria se da en otra forma de gestión: sociedad, locación de servicios”<sup>7</sup>**

<sup>4</sup> CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob, Cit. 136.

<sup>5</sup> CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob, Cit. 139.

<sup>6</sup> CORNEJO, Ángel Gustavo. Ob, Cit. 172.

<sup>7</sup> DE LA RIVA ROSSI, Ruy. "La Representación". Lima 1964. Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 25.

Está claro, que el Código de 1936, no se aceptó la autonomía del Mandato y la Representación, ambas instituciones claramente definidas, y diferenciadas, por la doctrina de origen alemán.

En las Actas de Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, señala uno de los más influyentes juristas civilistas de aquellos tiempos, el Doctor Manuel Augusto Olaechea y Olaechea:

“Estimo fundamental, en este orden de ideas, distinguir los contratos generadores de obligaciones entre las partes y el mandato. Este último se base exclusivamente en el principio de la representación, del cual se deriva la noción de la revocabilidad permanente, que es su nota característica. Todo lo que el mandatario haga dentro de la esfera de su mandato, aprovecha o perjudica a su mandante y se entiende practicado en su nombre. Así considerado, el mandato es un acto preparatorio que sólo autoriza a contratar en nombre de otro. No tiene un fin principal. Sirve de preliminar a otros actos y se traduce de un estado jurídico de carácter previa establecido para utilidad del mandante. Sus efectos se producen siempre respecto del representado y es este quien se convierte en propietario, acreedor o deudor por razón de los actos practicados por el mandatario”.

Era generalizada, la idea de comprender a la Representación, como figura implicada en el Mandato; una doctrina modernamente proveniente de la doctrina francesa, no sorprende por ello la opinión doctrinaria del influyente jurista de aquellos tiempos, el Doctor SOLF Y MURO:

**"El mandato es un acto o contrato de representación a tenor de los artículos 1627º y 1640º del Código, de modo que su efecto necesario es la creación de un contrato entre el mandatario, en nombre del mandante y un tercero".**

Los mencionados juristas nacionales, Olaechea, y Solf y Muro, citados por Castro Salinas<sup>8</sup>.

En referencia al Código Civil de 1936º, el jurista José ITURRIAGA ROMERO, menciona como supuestos de representación legal, dentro de esta categoría encontramos la Representación en el Derecho de Familia, y son los siguientes:

“-Padre y madre:

---

<sup>8</sup> CASTRO SALINAS, Javier; "Mandato y Representación". Lima 1987. En: "Temas de Derecho Contractual". Editorial Cuzco.

Administran y regulan sus derechos pero carecen de facultades de disposición sobre los mismos requiriendo, en este último caso, de autorización judicial. No pueden representarlos en actos de comercio ni aunque sea en interés o beneficio, salvo excepciones.

- Tutor y protutor.

- Marido

Es el representante legal de la sociedad conyugal y el administrador de bienes, administra la dote, representa a la mujer y administra sus propios bienes (...)

- Heredero con beneficio de inventario.

- Curadores especiales

- Curador especial testamentario

- Representante de los bienes del ausente.

- Curador de la herencia yacente.

- Sindico de la quiebra"<sup>9</sup>

### **8.2.3.- CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984.**

Consolida la tradición iniciada en el Código Civil de 1852, y continuada en el de 1936, de ser obra colectiva, la elaboración, redacción, autoría, se encargó a una junta de codificadores. Esta vez la labor Codificadora, se plasmó primero a través de una Comisión Reformadora, que duró 19 años desde 1965-1984, y posteriormente una Comisión Revisora. En dichas labores codificadoras, participaron destacados juristas, como: José León Barandiarán, Ismael Bielich Flórez, Lucrecia Maisch Von Humboldt, Max Arias Schreiber Pezet, Carlos Fernández Sessarego, Romulo Lanatta Guilhem, Fernando Vidal Ramirez, asimismo Manuel De la Puente y Lavalle, Fernando De Trazegnies Granda, Jorge Avendaño Valdez, Felipe Osterling Parodi, entre otros. En la Comisión Revisora, la parte correspondiente a Mandatos al parecer, estuvo a cargo de Carlos Cárdenas Quiroz.

Es necesario recordar que en nuestra Tradición Legislativa, los Códigos Civiles de 1852, y de 1936, no contemplaron un tratamiento especial y específico sobre la figura de la representación, de cierta manera se refieren a ella al regular el Contrato de Mandato. Es preciso afirmar que tanto el

---

<sup>9</sup> ITURRIAGA ROMERO, José. "La Representación en el Derecho Privado". Lima 1974. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. pp. 99-102.



legislador de 1852, como el de 1936, concibieron el Mandato como fuente auténtica de la Representación.

El Código Civil de 1984, dispensa un tratamiento general de la figura de la Representación en el Libro II, relativo al Acto Jurídico, artículos 145 a 167.

¿Y qué tratamiento dispensa al Mandato?. El Código Civil Peruano vigente regula al contrato de Mandato en el Libro VII, establecido para las Fuentes de las Obligaciones, en el Título IX: Contrato con prestación de servicios, contempla:

- a.** La locación de servicios.
- b.** El contrato de obra.
- c.** El mandato.
- d.** El deposito.
- e.** El secuestro.

Siendo dedicado el Capítulo cuarto: Mandatos, con Seis Sub - Capítulos (Artículos 1790-1813)

En cuanto al mandato, éste ha sido desvinculado de la representación, superando así la confusión de conceptos del Código derogado. Asimismo es pertinente señalar que en el Código Civil vigente, el Mandato constituye una modalidad del contrato de prestación de servicios nominados (artículo 1756º, literal c), posición legislativa que se inspira en el Código Civil portugués de 1967 (artículo 1155º), en atención a que el mandato se caracteriza como la locación de servicios y el contrato de obra, por la obligación que asume una de las partes de proporcionar sus servicios a otra. Si bien es cierto, existe una regulación general de la representación y del mandato, en los Libros de Acto Jurídico (Libro II), y Fuentes de las Obligaciones (Libro VII), ello no impide que existan normas dispersas y más específicas en los otros Libros del Código, que regula la representación sobretodo legal, en seguida pasamos a señalar:

El maestro sanmarquino Aníbal Torres, menciona como figuras de representación legal reguladas en el Código, dentro de esta categoría encontramos la Representación en el Derecho de Familia, y son los

siguientes:

**“Artículos del Código que se refieren a la representación legal: Curatela: 565, 576, 568. Tutela: 527, 532. Sociedad conyugal: 315, 294, 146. Patria potestad: 118, 419, 423.6, C. de los niños: 82. Personas jurídicas: 79, 76, Ley 25372 que modifica el art. 2028. Albaceazgo: 788. Mandato: 1806, 1796. Administración Judicial: bienes del ausente (art. 54), herencia indivisa (art. 851), copropiedad (art. 972). Dependencia: art. 165, 897.”<sup>10</sup>**

### **8.3.- CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984 Y LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA.**

#### **8.3.1.- LIBRO I DERECHO DE LAS PERSONAS**

Analizamos en atención a las cuatro categorías de Sujetos de Derecho: Concebido, Persona Natural, Persona Jurídica Inscrita, y Persona Jurídica No Inscrita.

##### **8.3.1.1.- LA REPRESENTACIÓN DEL CONCEBIDO**

El concebido es un sujeto de derecho, como tal tiene capacidad. Sin embargo, no es un sujeto de derecho cualquiera, sino es privilegiado, por ello la capacidad opera sólo “para todo cuanto le favorece”. Dentro de este orden de ideas, el concebido goza de derechos, patrimoniales y personales, sin embargo, no puede ejercerlos directamente por obvias razones. Es por eso que se efectivizan a través de sus representantes legales, de la siguiente manera:

1° Si el concebido tiene padre y madre, sus representantes son ambos padres.

2° Si el concebido no tiene padre, o éste ha sido suspendido la patria potestad, su representante será su madre.

3° Si el concebido, en el caso anterior, pese a tener madre, se encuentra también suspendida de la patria potestad, su representante será un curador designado por el juez.

4° En virtud del artículo 606, inciso 1° del Código Civil, se nombrará un curador

---

<sup>10</sup> TORRES VASQUEZ, Aníbal. “Acto Jurídico”. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 386.

especial cuando exista conflicto o peligro de los intereses del hijo (comprendiendo dentro de este concepto el del hijo concebido), con respecto a los de sus padres que ejercen la patria potestad.

El artículo 617 del C.C. expresa que: **“La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte”**.

La presencia del concebido en el ordenamiento jurídico tiene un fin, es decir un término, el cual puede darse, excluyentemente, en cualquiera de estas dos modalidades:

1.- Nacimiento con vida del ser humano, con lo cual la misma referencia ontológica se transforma de sujeto de derecho concebido a sujeto de derecho persona individual.

2.- Muerte del ser humano en formación, dentro de la cual se admiten dos hipótesis, a saber:

a) Muerte antes del nacimiento, denominada con el nombre de aborto, el cual puede ser espontáneo o intencional.

b) En el momento mismo del nacimiento, cuando el ser humano muere antes de desprenderse del cordón umbilical.

El Código Civil, en caso de que el concebido naciera muerto o muriera antes de su nacimiento no le concede ningún derecho patrimonial.

La situación de los bienes del concebido, en el caso de que el padre del concebido fallezca y su madre haya sido destituida de la patria potestad, establece el Código Civil en el “Artículo 598°.- A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la **persona nombrada por el juez** (negritas del autor), a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido”.

La conjugación del verbo en tiempo futuro es para precisar determinados alcances, por cuanto este artículo implica asumir la interpretación asumiendo

la condición suspensiva, “que nazca vivo”. Está “**persona nombrada por el juez**”, es un representante judicial, actúa de conformidad a las facultades otorgadas por el Juez.

El especialista en Derecho de Personas Juan ESPINOZA ESPINOZA, expresa con respecto a fundamentar la figura de la representación del concebido, lo siguiente:

“La Representación del Concebido.

Cuando nos referimos a la representación del concebido, no podemos pensar en un tutor porque solamente se nombra el mismo en el caso de un menor nacido, tampoco podemos pensar en un curador general, ya que esta institución supletoria de amparo, sólo se ejerce en el caso de los mayores incapaces.

El concebido es sujeto de derecho, por consiguiente, tiene capacidad. Ahora bien, al ser un sujeto de derecho privilegiado, su capacidad opera sólo “para todo cuanto le favorece” (...) el concebido goza de derechos tanto patrimoniales como extra patrimoniales, sin embargo, no puede ejercerlos por si mismo. Es por eso que se efectiviza a través de sus representantes legales”<sup>11</sup>

### **8.3.1.2.- LA REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA NATURAL.**

Fernández Sessarego apunta que el artículo 3° de la Constitución Política de 1993, como el artículo 5° del Código Civil Peruano, pueden ser considerados como lo que en doctrina se conoce como cláusula general de tutela de la persona humana, apreciada como unidad psicosomática, no obstante las diversas manifestaciones de la personalidad dignas de protección normativa específica. En verdad, al tutelarse algunas de tales múltiples expresiones se está reconociendo el valor mismo de la persona humana como supremo bien del derecho. La consagración normativa del nombramiento de un curador interino, esta pensada en tutelar a la persona. Lo que pretende el codificador es la custodia de los bienes del desaparecido cuando no existe representante con poderes suficientes.

El artículo 44°, inc. e), de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497, Literal modificado por la Primera

---

<sup>11</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Estudios de Derecho de las Personas". Lima 1996. Editorial Huallaga. pp. 57-58.

Disposición Final de la Ley N° 28413, publicada el 11-12-2004, cuyo texto es el siguiente:

"e) Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas."

Siguiendo literalmente a su antecedente, el derogado artículo 2030 C.C. establece que se inscriben en el Registro Personal las resoluciones que declaren la desaparición, lo cual es una gravísima contradicción con el artículo 47, que regula la desaparición.

"Artículo 47.- Nombramiento de curador por desaparición

Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.

No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público."

La desaparición, como el nacimiento, o la muerte, son hechos que producen efectos jurídicos, y son susceptibles de inscribirse en el Registro Personal de Registros Públicos.

Se inscriben en el Registro Personal, y en el de Mandatos y Poderes, que a su vez ambos son integrantes del Registro de Personas Naturales unificado por la Ley de creación del Sistema Nacional y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Ley No. 26366, del 14.10.94. Es totalmente absurdo e inútil inscribir una resolución que "declare" la desaparición en el Registro de Estado Civil, tal como parecería deducirse del artículo 44, inc. e) de la Ley No. 26497. Lo que se busca tutelar con la desaparición es el interés de aquellos que dependen económicamente del desaparecido, nombrando a una persona que administre el patrimonio del mismo. La desaparición es una etapa previa y de hecho a aquella otra, de derecho, que es la declaración judicial de ausencia, la cual implica una posesión temporal de los bienes del ausente. En tanto no se modifique el mencionado inciso, limitando sólo la declaración de ausencia, de

muerte presunta y el reconocimiento de existencia, como actos inscribibles en el Registro de Estado Civil, queda al operador jurídico el camino de la interpretación restrictiva.

Para la desaparición, el código civil, de acuerdo a la modificación introducida por el código procesal civil de 1992, se puede solicitar ante el juez el nombramiento de un curador interino, dentro de un plazo de sesenta días, para el caso de la declaración de ausencia deben haber transcurrido dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido (artículo 49 C.C). La posesión temporal de los bienes del ausente, que será declarada judicialmente, corresponderá a quienes serían los herederos forzosos al tiempo de dictarla.

Ellos tienen los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y gozan de los frutos con la limitación de reserva de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (artículo 50). Es obligatorio realizar un inventario previo a la posesión temporal de bienes (artículo 51). Los bienes sometidos a posesión temporal no pueden ser vendidos ni gravados (artículo 52), salvo por caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial (artículo 56). El C.C establece en el “Artículo 53º.- La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente”.

Es sorprendente que el Libro I, del Código Civil peruano de 1984, el cual es muestra plena de la profunda visión humanista del Derecho, considerando a la persona como un valor en sí misma que, en materia de ausencia, sólo regule los aspectos patrimoniales del desaparecido, dejando de lado la protección que merece su persona en cuanto tal. Refiriendo concretamente a la búsqueda del desaparecido, que debería recaer en sus representantes y/o familiares. Nos preguntamos ¿Omisión del Código Civil peruano?.

Responde un destacado exponente de la doctrina nacional, **Juan ESPINOZA ESPINOZA**, exponiendo que:

“8. 5.- Una Omisión del Código Civil Peruano.

**(...) En materia de ausencia, sólo regule los aspectos patrimoniales del desaparecido, dejando de lado la protección que merece su persona en cuanto tal. Nos estamos refiriendo concretamente a la búsqueda del desaparecido, que debe caer en sus representantes y/o familiares”<sup>12</sup>**

En este tema específico, otras legislaciones se pronuncian idóneamente, así el Código Civil Español, en los Artículos 184° y 185°, establecen las obligaciones generales que tiene el representante del ausente, las cuales son:

**“Artículo 184.**

Salvo motivo grave apreciado por el Juez, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones (...).”

**“Artículo 185.**

El representante del declarado ausente quedará atendido a las obligaciones siguientes:

1. Inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado.
  2. Prestar la garantía que el Juez prudencialmente fije. Quedan exceptuados los comprendidos en los números uno, dos y tres del artículo precedente
  3. Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles.
  4. Ajustarse a las normas que en orden a la posesión y administración de los bienes del ausente se establecen en la Ley procesal civil.
- Serán aplicables a los representantes dativos del ausente, en cuanto se adapten a su especial representación, los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilidad, remoción y excusa de los tutores”.

Sistematizando podríamos decir las obligaciones principales del representante del Ausente son:

1. La pesquisa de la persona del ausente.
2. La conservación, protección, y administración de sus bienes.
3. El cumplimiento de las obligaciones del ausente.

En caso de que el representante hubiera conocido la existencia del ausente o impidiera toda pesquisa sobre su persona y el ausente apareciera, el representante tiene que devolver los frutos percibidos por concepto de remuneración, según el orden jurídico Español se habría configurado la mala fe del representante.

Por otro lado, en nuestra América, Argentina consagra en la Ley 14.394 que en la hipótesis de la presunción de la existencia del ausente, podrán pedir las “(...) diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del

---

<sup>12</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Estudios de Derecho de las Personas". Lima 1996. Editorial Huallaga. p. 380.

ausente, todos los que tuvieran algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate”, tal como lo prescribe su numeral 24, la frase “todos los que tuvieran algún derecho”, también comprende al representante o mandatario, según fuera el caso.

### **8.3.1.3.- LA REPRESENTACIÓN DEL AUSENTE.**

En el libro I, sección primer (personas naturales), en ninguno de sus artículos se ha considerado el régimen de representación. En el artículo 79° se hace mención a la representación a través de otra persona jurídica, pero no se habla sobre las reglas de la representación orgánica. En el Título IV: Ausencia, de la sección primer (personas naturales), se regula en dos capítulos, la Desaparición (Capítulo Primero, artículos 47, y 48), y la Declaración de Ausencia (Capítulo Segundo, artículos 49, y 60). En el artículo 47, hace mención del Curador Interino, quien tutelaré de los derechos del Desaparecido, y no procede tal designación si es que el Desaparecido tiene “representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público” (In fine).

### **8.3.2.- LIBRO II ACTO JURÍDICO**

Tema desarrollado, son otros capítulos de esta tesis, referidos a la Representación.

### **8.3.3.- LIBRO III DERECHO DE FAMILIA**

#### **8.3.3.1.- PATRIA POTESTAD.**

Si bien el término etimológicamente significa poder del padre, y así fue concebido en el Derecho romano, sin embargo ello genera innecesaria confusión, por ello es necesario detenernos sobre el término patria potestad, en la medida que éste nomen iuris nos conduce equívocamente a pensar que la institución sólo confiere derechos a los padres, convirtiéndose en una suerte de autoridad omnímoda, y creando una relación unilateral de dependencia total de los hijos respecto de sus padres; asimismo indicaría que está concebida



sólo en función del padre y no también de la madre. Desde la doctrina, **Benjamín Aguilar**, señala que:

**“La patria potestad es una institución del derecho de familia que comprende un cúmulo de derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, tendientes a lograr el desarrollo integral de éstos”<sup>13</sup>**

Se estima que la patria potestad no es una creación de la ley, sino más bien es una realidad impuesta por la propia naturaleza, en ese sentido la ley sólo cumple con regular, y no es ella la que confiere los derechos e impone los deberes a los padres y a los hijos, sino que declara una situación fáctica, natural como es el hecho de la procreación. Y la institución existe, por cuanto hay un estado de necesidad natural en el ser humano, el cual desde que nace hasta un cierto período de su existencia es incapaz de poder actuar por sí mismo, es necesario que alguien atienda sus necesidades, y es en ese estado de indefensión, que los padres cubren por la determinación de la naturaleza ese rol de velar por su descendencia.

### **Derechos y deberes de los padres.**

La patria potestad no es sólo la institución que otorga derechos a favor de los padres, sino más bien exige consensos respecto a una serie de derechos como el de tenencia, recibir ayuda de sus hijos, corrección y usufructo; pero también de deberes de los padres para con sus hijos, siendo los más importantes, los de: sustento, cuidado, dirección del proceso educativo, y representación legal. Entonces, es una red de conjunto de derechos y deberes, y complicado en la medida que no sólo se trata de aspectos patrimoniales sino también personales. En tal sentido es necesario tener presente lo establecido en el artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, en la cual si bien expresamente preceptúa que los padres tienen derechos comunes sobre sus hijos, y si bien no prescribe expresamente que esos derechos sobre sus hijos son consecuencia de sus responsabilidades, también es cierto que ese es el alcance que la doctrina y jurisprudencia establecen sobre la patria potestad.

---

<sup>13</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La familia en el código civil peruano”. Lima 2010. Editorial San marcos E.I. R.L. Primera edición: febrero 2008. p. 306.

### **Derechos y deberes de los hijos.**

En el Derecho Romano se pensaba que la patria potestad, era una institución fundada sólo en velar al sujeto incapaz, esto es el hijo, y que por lo tanto, éste sólo tiene derechos que deben ser atendidos por los padres. Hoy sabemos que esto no es aun así, pues en la patria potestad sabemos que junto a los derechos de los hijos tales como los del sustento, asistencia, protección, educación, también existen deberes de los hijos como los de obediencia, respeto y honra, que si no se cumplen hacen nacer inmediatamente en los padres el derecho de corrección. Estos deberes son tales, cuando los menores tienen cierto grado de desarrollo, pues es obvio que tales deberes no serán exigibles cuando estemos frente a menores de meses de nacidos o quizás en los primeros años de vida. En este aspecto, sin embargo es polémico sostener si existe patria potestad respecto del concebido, aquí debemos tener presente que el Código Civil en su primer artículo prescribe que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, y que la vida humana comienza con la concepción, además la misma norma establece diferencias entre sujeto de derecho y persona; en ese sentido es pertinente acudir al maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego, quien enseña que el sujeto de derecho es el ente al cual el ordenamiento jurídico imputa derechos y deberes, asimismo este ente no es otro que el ser humano antes de nacer o después de haberse producido este evento. Desde esta perspectiva el sujeto de derecho es un concepto genérico, siendo que el nomen iuris “persona”, reservada al hombre una vez nacido como individuo. Por lo tanto, con estos conceptos resulta que la patria potestad, como institución familiar de amparo del incapaz, está referida a la “persona” y no comprende al “concebido”, el mismo que al estar dentro del vientre materno le asiste derechos para todo cuanto le favorezca, y esos derechos son ejercidos a través de la protección que debe recibir la madre, como persona individual, la misma que al recibir los está recibiendo para sí y para el concebido.

### **Administración.**

Administrar es gestionar un patrimonio determinado, sea propio o extraño; sin embargo en el Derecho de Familia no tiene los mismos alcances del que se

emplea en economía. En el Derecho de Familia, a la luz de la normatividad vigente, administrar significa proteger, cuidar, velar por el patrimonio del menor, hacerla producir sin desprenderse del mismo. Por lo tanto, desde una perspectiva del Derecho Positivo peruano no está dentro del concepto de administración el gravamen ni disposición de los bienes. En este orden de ideas, el padre que administra los bienes de sus hijos, lo primero que debe hacer es de cuidar esos bienes, cumplir con las obligaciones propias que entrañen el mantenimiento del bien, así de esta manera deberá hacer las declaraciones juradas necesarias del bien inmueble con respecto a las autoridades municipales, pagar los tributos, de ser el caso cobrar los arriendos, iniciar los juicios de desalojo, de cobro de arriendo. Ahora bien, por su propia naturaleza, la administración entraña obligaciones, como la de inventariar los bienes y deudas que constituyen el patrimonio del menor; así mismo, constituir garantías por las resultas de su gestión, y rendir periódicamente cuentas de su administración. Sin embargo, por tratarse de una relación natural, próxima y directa como es la de los padres e hijos, el legislador peruano no ha impuesto al padre la obligación de hacer inventario, salvo el caso del padre o madre que ejerce en exclusividad la patria potestad y desea contraer matrimonio, figura ésta contemplada en el artículo 441 del Código Civil, norma de cierta manera que podría estimarse de previsor, en la medida que propende a evitar que casándose el padre o madre, su nueva familia tenga o adquiera bienes que podrían fácilmente confundirse con los bienes de su hijo que está bajo su patria potestad. Excepto este caso, el padre no está obligado a inventariar los bienes de sus hijos que caen bajo su administración. En cuanto a la constitución de garantía, no existe obligación de los padres de otorgarla salvo que el consejo de familia, esto es, la asamblea de parientes que protegen los intereses de los incapaces, lo solicite.

El legislador nacional es muy reglamentarista, lo que algunos especialistas ven en ello extremo celo en el cuidado del patrimonio del menor, por cuanto inclusive impone al padre administrador la obligación del cuidado del dinero y su inversión, sin dejarle oportunidad para su libre albedrío, tal como se consagra el artículo 453° del Código Civil, que prescribe que el dinero del menor, cualquiera fuera su procedencia, será invertido en predios o en cédulas

hipotecarias, y que para hacer otras inversiones los padres necesitan autorización judicial, y que, mientras no se invierta el dinero en lo señalado, deberá ser colocado en condiciones apropiadas en instituciones de crédito y a nombre del menor, y que dicho dinero además no puede ser retirado sino con autorización judicial. El legislador actúa con amplio intervencionismo y mentalidad feudal, en la medida que se considera las inversiones sobre predios como las idóneas cuando en el mundo moderno capitalista hay posibilidades mayores de inversión y rentabilidad (En las bolsas de valores del mundo, en bonos e intangibles); no se deja a la discreción de los padres la facultad de manejar el dinero según su buen parecer, sino que se regula un mandato legal de cómo cuidar y en qué invertir.

Es idóneo que el artículo 459° del Código Civil prescriba que, cuando sea posible, los padres consultarán al menor que tenga más de 16 años los actos importantes de la administración, se presume que tal menor cuenta con discernimiento y por lo tanto se encuentra en capacidad de conocer qué es lo que le conviene y qué no. La norma deja al padre o madre esta potestad, es decir no es un deber que ineludiblemente debe cumplir el administrador.

El legislador regula también la presencia de bienes que no entran en la administración de los padres, en tal sentido se encuentra el artículo 425° del Código Civil, establece como tales a los bienes que fueron donados o dejados en testamento a los menores con la condición de que los padres no los administren. Adviértase que en este caso el término condición no tiene el significado jurídico de las modalidades de los actos jurídicos, sino que “condición” se usa como cualidad o circunstancia con que se ofrece o se da una cosa. Además no entran en la administración los bienes entregados por los padres para que ejerzan una actividad u oficio. No mencionamos profesión, como lo hace confusamente el citado artículo, por cuanto, si se tratara de profesión el menor habría salido a la capacidad en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46° del Código Civil. Adicionalmente no entran en la administración los bienes que han pasado a los hijos por la desheredación o indignidad en que han incurrido sus padres tal como lo preceptúan los artículos 670° y 755° del Código.

### **Usufructo**

La patria potestad faculta a los padres el derecho de usufructo legal respecto de los frutos que generan los bienes de los menores sujetos a la autoridad paterna. Este derecho por el cual los padres hacen suyos los frutos, que producen los bienes propios de sus hijos es conocido de diversas maneras en el Derecho comparado, así en la legislación francesa se conoce como “goce legal”. Téngase presente que entre el usufructo ordinario, y el usufructo legal, concurren sustanciales diferencias, en razón de ello que en muchas legislaciones tiene nombre propio el usufructo familiar, no obstante nuestro Código conserva el nomen de usufructo.

Se ha querido ver al usufructo legal como una suerte de compensación por la labor de administración de los padres respecto de los bienes de sus hijos (en Derecho comparado así se encuentra regulado en la legislación chilena), en tanto que el deber de custodia y -protección de los bienes le demanda al padre tiempo y dedicación, y por esta labor no hay remuneración alguna. Sin embargo, no está en el espíritu del derecho de familia remunerar al padre por un deber natural de protección de los intereses de sus hijos. Otros han visto en este derecho una suerte de aprovechamiento de los padres respecto de los bienes, pero no creemos que ello sea así, en todo caso hay otro sector doctrinario, que señala que en la familia cristiana occidental, todos sus integrantes deben colaborar para el bienestar común.

Hay dos supuestos de hecho establecidos en los cuales se pierde el usufructo legal. Ocurre cuando el padre que ejerce en exclusiva la patria potestad se casa sin convocar al consejo de familia, a efectos de que se pronuncie sobre la administración; y cuando el padre renuncia al usufructo legal; en esto dos estos casos los frutos revertirán a poder del menor, estando a que el padre pierde el usufructo legal.

### **La Representación en la Patria Potestad.**

El código define a esta institución en el artículo 418°, como el deber y derecho de los padres de cuidar de la persona y bienes de los hijos. Sin embargo, es en

el artículo 419° donde se plasma la representación, al mencionar que padre y madre durante el matrimonio, ejercen la representación conjunta del hijo. De lo expuesto se deduce que la representación se encuentra implícitamente comprendida dentro de las atribuciones de la patria potestad, por lo que el artículo 419° es simplemente aclaratorio. Los alcances de la representación en esta institución, también lo encontramos en el artículo 423°, concretamente en su inciso 6°, que establece como deber y derecho de los padres que la ejercen, la de “representar a los hijos en los actos de la vida civil”. Se encuentra contemplado la Representación Judicial, en el Artículo 447° del C.C., comprendiendo el caso de disposición de bienes de propiedad del menor, deberán los padres tener Representación Judicial expresa para realizar dichos actos.

#### **8.3.3.2.- TUTELA.**

Al referirse a esta institución, se han individualizado con mayor claridad la función de representación, tal y como lo señala el artículo 527° de manera taxativa: “El tutor representa al menor en todos los actos civiles (...).”. Claro está que para ciertos actos los tutores van a requerir de autorización judicial, conforme lo señala el artículo 532°

Sobre la procedencia de esta institución, el artículo 502°, señala que procede para los menores que no estén bajo patria potestad.

#### **8.3.3.3.- CURATELA.**

Esta institución es tratada de manera amplia en el código; así, en el artículo 565° se señala que la curatela se instituye para: los incapaces, administración de bienes, y asuntos determinados. Aun cuando el código no define a la curatela, pero entiende que dentro de sus funciones se encuentra la de representar a quien está sujeto a ella o a sus patrimonios, según sea el caso. Tal afirmación se desprende del artículo 576°, que contiene las funciones del curador del incapaz, y del artículo 568°, el cual señala que son aplicables a la curatela las reglas relativas a la tutela.

#### **8.3.3.4.- SOCIEDAD DE GANANCIALES.**

El legislador posibilita que la celebración del acto se realice por medio de apoderado designado para tal efecto. Pero, no ha olvidado el aspecto patrimonial, por cuanto el artículo 315° posibilita a los cónyuges a conferirse poder especial para uno de los cónyuges en los bienes sociales, en el artículo 292° se consagra a la representación conjunta de la sociedad conyugal. Asimismo, en el artículo 294° se manifiesta la representación ejercitada por uno de los cónyuges, por impedimento del otro, de acuerdo a determinadas causales.

#### **8.3.3.5.- PATRIMONIO FAMILIAR.**

La figura del patrimonio familiar, fue introducida con este nombre por la Constitución de 1979, consiste en la afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia, o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento. A esta idea básica, el artículo 489 del Código, añade la exigencia. de que el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para alcanzar los fines mencionados. Obviamente, la precisión respectiva está sujeta, en cada caso, al criterio del juez.

Aunque con normas perfeccionadas, esta figura es la misma que el Código derogado de 1936, legisló bajo el nombre de hogar de familia. Relativamente nueva .dentro del ordenamiento legal del Perú, ya que no existió en el Código de 1852, esta figura, inmediatamente recogida por el codificador de 1936 de las leyes suiza y brasilera, tiene, sin embargo, su origen en el "homestead" (*De "horne", hogar, y "stead", lugar, según algunos; o de "horne" y "steady" estable, tranquilo*) norteamericano; razón por la cual resulta pertinente aludir a éste con algún detenimiento. La noción del "homestead", no es unívoca, pues con la misma denominación se conocen hasta dos creaciones legales, en cierto modo conexas, pero diferentes, del Derecho histórico de los Estados Unidos, aparte de las peculiaridades, más o menos secundarias, que presentan las legislaciones particulares de los Estados: y aun su etimología resulta un tanto

imprecisa. De esta manera tenemos de un lado, el “*homestead law*”, originado por una ley de Texas de 1839 y extendido en 1862 por ley federal dictada bajo la presidencia de Lincoln, consistía básicamente en un lote de terreno de dominio público que el Estado vendía a quien tuviera sobre él un derecho de *preemption*, esto es, a quien habiéndolo cultivado y mejorado, expresaba su intención de adquirirlo. En tal caso, la venta se realizaba al precio de US\$ 1.25 por acre, dentro de un máximo de 320 acres (o de 80, en las regiones mejor situadas) para evitar la formación de latifundios. La ley de 1862 permitió al Gobierno Federal donar una porción de terreno de dominio público, ordinariamente de 160 acres de extensión; a quien lo solicitase en determinadas condiciones (ser ciudadano de los Estados Unidos, no contener el terreno sustancias minerales, no haber sido objeto de derecho anterior a favor de otra persona y formular la petición a la oficina de tierras del distrito correspondiente); donación ésta que, en una primera etapa, sólo confería un título temporal y que, en una segunda sea, después de establecerse allí dentro del plazo de seis meses y vivir en el terreno o cultivarlo durante por lo menos cinco años, generaba un derecho definitivo.

Según el Código, se puede constituir patrimonio familiar sobre una casa-habitación o un predio agrícola, artesanal, industrial o comercial, en la medida que no excedan de lo necesario para la vivienda o el sustento de los beneficiarios y a condición de que éstos vivan o trabajen personalmente en el predio, salvo excepciones temporales (artículos 489 y 499). Fluyen de estas normas las siguientes apreciaciones: En primer lugar, es posible constituir patrimonio de familia sobre la casa-habitación. Este es el caso típico de la figura y de ella deriva precisamente su primitiva denominación de hogar de familia. En segundo lugar, es posible constituir también el patrimonio familiar sobre un predio agrícola, artesanal, industria, o comercial y esto, no sólo cuando tal explotación sea anexa a la vivienda, sino en cualquier otro caso, o sea, aun si la figura no comprende la vivienda; siempre que, esto sí, tal explotación sea la fuente del sustento de la familia. Además tanto el inmueble que sirva de vivienda, como el predio agrícola o industrial que sirva de fuente de sustento a la familia no son ilimitados, si bien el Código no ha seguido el ejemplo de aquéllos que fijan el límite en el valor pecuniario del bien, sino que



prefiere señalar un límite elástico, cuya determinación, según ha de entenderse, hará en cada caso el juez. Ese límite está contenido en la expresión del artículo 489, según el cual los predios en cuestión no excederán de lo necesario para el sustento o la morada de la familia. Consideramos que esta fórmula elástica es más ventajosa y realista. Finalmente, es preciso que el constituyente y su familia ocupen el predio o lo exploten, salvo las excepciones temporales a que alude el artículo 499, 2º. Se justifica, por el propio enunciado la exigencia de que la familia para la cual se ha constituido el hogar ocupe la vivienda afectada o explote el predio cuyo rendimiento asegura su sustento; y además se justifica, por que sólo en forma excepcional, por justo motivo cuya calificación corresponderá al juez y siempre con carácter temporal, se permita la suspensión del requisito.

En cuanto a los motivos que pueden permitir al juez autorizar la suspensión de la ocupación o explotación directas por los miembros de la familia del predio en que el hogar esté constituido, tales serán por ejemplo, los originados en hechos de la naturaleza (inundaciones, terremotos, epidemias y otros semejantes) o en actos del hombre (guerras, trastornos intestinos): o los casos de expropiación forzosa (en los que el producto de la expropiación será nuevamente invertido en otro inmueble que mantenga la condición de patrimonio de familia); o acaso el embargo en forma de intervención que pueda trabarse para el pago de las deudas a que está sujeto el hogar de familia en los casos excepcionales que se verá más adelante.

Para el ejercicio de este derecho, por mandato expreso del artículo 494, es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución del hogar de familia; y en esa línea de pensamiento y para el control de este requisito, el artículo 496 agrega que para la constitución del patrimonio familiar se requiere que se publique la solicitud; que ésta sea aprobada judicialmente; y que además se inscriba en el Registro Público respectivo. De este texto se desprende que la ley nacional ha combinado ambos criterios: dispone, por un lado, la publicidad del proyecto de constitución del patrimonio familiar, para conocimiento de terceros a quienes, de este modo, pueden oponerse a la petición; pero al no decir que ésta sea la única

oportunidad del tercero acreedor para impugnar la solicitud y al preceptuar, más bien, que es esencial el requisito de no tener deudas cuyo pago se perjudique por la afectación del predio respectivo, deja abierta la posibilidad de que, aunque el tercero no se haya enterado oportunamente de la solicitud ni se haya opuesto a ella, el acto se declare nulo. Esta posición adquiere mayor fuerza si se considera que la presunción de que todos los acreedores de todos los deudores se enteran de los avisos que publican los, diarios oficiales, judiciales o de mayor circulación, es una presunción *iure el de iure*.

Aunque el nombre mismo de la figura sugiere claramente que los beneficiados de ella son los miembros de una familia, no basta este enunciado tan general para precisar el campo de los beneficiarios. En efecto, si bien el Código ha normado esta materia en sus artículos 488, 491, y 492, del texto se desprende:

**a)** Que el hogar de familia no puede ser enajenado, hipotecado ni dado en anticresis, sin excepción alguna. El texto conciso e inequívoco del artículo 488 no permite la enajenación del bien, ni siquiera con el consentimiento del cónyuge, como toleran otras leyes; ni aun en casos fortuitos o semejantes.

**b)** Que el patrimonio de familia y sus frutos son inembargables, como regla general; pero que. ésta tiene tres excepciones, en las cuales es posible embargar los frutos, y nunca el inmueble mismo, hasta en dos terceras partes. Dichas excepciones son las siguientes (artículo 492):

**1)** Cuando se trate del pago de deudas resultantes de condenas penales. La mentalidad del. legislador es la de mantener la garantía en todos los casos que no lleguen al extremo de sacrificar el legítimo y a veces vital interés de los deudos de la víctima de un delito ante los intereses, aunque también sean legítimos, de los familiares del delincuente. No obstante esta explicación, pueden presentarse casos que susciten duda, si no del alcance literal de la ley, sí de su justicia. Tales serían por ejemplo, los de la indemnización ordenada en juicio civil, pero a consecuencia de un acto criminal del responsable; o de las

cantidades que mande pagar el juez civil o la autoridad administrativa, pero con motivo de actos delictuosos practicados por el funcionario o empleado público ..

**2)** Cuando se trate de los tributos referentes al mismo inmueble. Si bien esta excepción aparece clara en nuestra ley, en cuanto a que sólo se refiere a los tributos que recaen sobre, el mismo bien y no a otros impuestos que el contribuyente deba pagar al Fisco, en cambio se suscitan dudas, en cuanto a saber si esta excepción se justifica o si el Estado debería colocarse en la misma situación en que pone a los demás acreedores.

**3)** Cuando el adeudo está originado en pensiones alimenticias a cargo del constituyente (o de la sociedad de gananciales). Disposición justificada en nuestro concepto, desde que el patrimonio de familia, creado para asegurar los alimentos (en su sentido más lato) de los parientes más íntimos del constituyente no puede, por las mismas razones en que él se funda, servir para dejar desamparados a otros alimentistas, desde que todo alimentista, en nuestra ley, es siempre un familiar muy cercano del obligado.

El Código no admite otras excepciones de la inembargabilidad, tales como la referente al exceso del valor del hogar sobre el que sirvió de base a su constitución, a los honorarios de médicos, salarios de obreros y domésticos; créditos de proveedores, así como la relativa al saldo de precio del mismo inmueble que esté adeudando el propietario.

Ciertamente, la omisión no es indeliberada, significa:

**a)** Que el sobrevalor o plusvalía que, después de la constitución del hogar de familia, adquiera el inmueble, no es considerado como un excedente embargable, sino que merece la misma protección de inembargabilidad que merece el valor originario. En el caso de aumento de valor del inmueble derivado, no de la plus valía, si no de la realización de mejoras en el mismo bien, para evitar abusos del deudor en agravio de sus acreedores, se requiere el mismo procedimiento de publicación y eventual oposición de los acreedores; así como la apreciación de que tales mejoras no hacen que el inmueble exceda de lo necesario para la vivienda o el sustento de la familia (artículo 501).

**b)** Que los honorarios adeudados a médicos, los salarios de los obreros o domésticos y los créditos de los proveedores no tienen la garantía del patrimonio de familia ni de los frutos, sino de otros bienes del deudor; circunstancia que todos ellos deben tener en cuenta al prestar servicios o proporcionar especies.

**c)** Que, en el caso de adeudar el constituyente una parte del precio del mismo inmueble, éste resulta, de pleno derecho, afecto a hipoteca legal conforme a la norma del artículo 1118°; razón por la cual el vendedor podrá oponerse a la constitución del hogar de familia salvo acuerdo para remplazar esa garantía por otra.

Asimismo, el Código no se pronuncia en este Título acerca de otros privilegios que algunas legislaciones, foráneas acuerdan al hogar de familia o al patrimonio familiar, tales como el de gozar del beneficio de pobreza o el de disponer de defensa profesional a honorario reducido.

¿Quién representa al Patrimonio Familiar?. Desde el Código, no encontramos una clara respuesta. Sin embargo, estimamos que deberán aplicarse las reglas generales de la Representación familiar. De esta manera, hay varios escenarios posibles, así si los beneficiarios del Patrimonio Familiar son cónyuges y los hijos, se entienden que lo representan los primeros, si se trata de padre o madre conjuntamente con los hijos, quien detenta la representación será el padre o madre.

#### **8.3.3.6. REPRESENTACIÓN ESPECIAL PARA DISPONER BIENES DEL MENOR.**

Las atribuciones que la ley confiere a los padres sobre los bienes propios de sus hijos menores se refieren a la administración, el usufructo y la disposición de los mismos (artículos 423, 427, 428, 447, y 448).

Como regla general, todos los bienes pertenecientes a los hijos menores de edad deben ser administrados por los padres que ejercen la patria potestad, precisando ciertas reglas específicas:

**a)** La facultad de administración no es ilimitada, debe ejercitarse dentro de los límites que exige el buen manejo de los bienes, confiere todos los derechos y acciones necesarios para asegurar ese manejo adecuado y prohíbe todos los actos que excedan. El padre, por tanto, podrá alquilar o arrendar los bienes de sus hijos menores (si bien para hacerla por más de tres años necesita autorización judicial: artículo 448, 1º), cobrar las rentas o intereses, iniciar juicios de cobro, de desahucio o aviso de despedida, pagar los tributos y retribuciones, efectuar las reparaciones que resulten necesarias. alquilar cajas de seguridad., según la naturaleza de los bienes y las circunstancias de su cuidado o manejo y dentro de las normas que rigen la conducta de un prudente administrador.

**b)** Si, el padre que ejerce la potestad incurriera en descuido o abuso, quedaría responsable del desmedro que tal conducta ocasionara al hijo en su patrimonio. Esa responsabilidad comprende tanto la propiedad como los frutos, si se trata de bienes cuyo usufructo no corresponde al padre, y se reduce a la propiedad en caso contrario (artículo 442).

**c)** La persecución de esta responsabilidad exigiría, ordinariamente, el inventario inicial y final de los bienes, la constitución de una garantía, y la rendición de cuentas, Aunque el Código no trae una norma que directamente y con carácter general establezca la obligación de los padres de inventariar los bienes de sus hijos que ellos estén administrando, sin embargo de una interpretación sistemática de varias normas fluye dicha obligación. Así, el artículo 437 preceptúa que el usufructuario -y los padres lo son de los de sus hijos menores- está obligado a hacer inventario de dichos bienes. Concurrentemente, los artículos 441 y 243.2 hacen referencia a dos situaciones especiales, a saber:

i) La del viudo o viuda, el divorciado o divorciada, aquél o aquélla cuyo matrimonio se invalida, quienes si siguen ejerciendo la patria potestad están obligados a hacer inventario judicial de los bienes de sus hijos menores, bajo sanción de perder el usufructo legal.

ii) La de que dichos padres pretendan contraer nuevo matrimonio, supuesto en el cual se les prohíbe tal nuevo casamiento mientras no acrediten haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que estén administrando (pertenecientes a sus hijos) o sin que preceda declaración jurada de que tales hijos no tienen bienes (norma extensible al padre o madre extramatrimonial que quiera casarse).

Adicionalmente, tratándose de inmuebles, el inventario en referencia no es la única garantía de los hijos contra el riesgo de una conducta abusiva de sus padres, ordinariamente, de los mismos títulos, y eventualmente de la inscripción registral respectiva, fluye su derecho de dominio y, por tanto, ni los padres ni los terceros pueden efectuar actos de gravamen o disposición sin ceñirse a las exigencias de la ley, sólo tendrán que limitarse a la administración y al usufructo.

En cambio, los padres no están obligados a constituir garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, ello no impide que el juez, a solicitud del consejo de familia, resuelva que la constituyan (artículo 426), caso excepcional en el que la garantía debe cubrir el importe de los bienes muebles y -tratándose sólo de bienes ,excluidos del usufructo legal~ el monto de las rentas anuales de los bienes del menor y de las utilidades también anuales que pueda producir cualquier empresa que forme parte del patrimonio del hijo, Si se trata, en cambio, de bienes comprendidos "en el usufructo, no será preciso asegurar las rentas o utilidades, pues éstas corresponderían justamente a los padres, El mismo argumento explica que, a diferencia de lo que ocurre con otros administradores de bienes ajenos, los padres no estén obligados a rendir cuenta de su gestión sino al terminar ésta, salvo que el juez, a solicitud del consejo de familia, resuelva otra cosa (artículo 427).

Flexibilizando las reglas comentadas, la ley faculta al juez para que en cualquier momento, y a pedido del consejo de familia, modifique o aun suspenda las medidas que hubiese dictado de conformidad con los artículos 426 y 427. Hace bien al asumir esta posición, ya que si, por una parte, es preciso rodear de seguridad el ejercicio de la facultad de administración de los bienes de los hijos menores, de otro lado no puede la ley incurrir en casuismo o en exceso de rigidez que, a la postre, podrían perjudicar a los mismos menores

En cambio, el Código ha mantenido, perfeccionándolas cuando ha sido preciso, otras reglas de garantía, a saber:

**a)** La de que, llegado a la mayoría de edad, el hijo no puede celebrar convenios con sus padres, antes de ser aprobada por el juez la cuenta final, salvo dispensa judicial (artículo 429°, y 423°-6);

**b)** No tienen efecto sin tal requisito la herencia voluntaria o el legado que el hijo deje a favor de sus padres con cargo a su tercio de libre disposición (artículo 429 *in fine*).

En este punto, sin embargo, el nuevo texto sustantivo ha eliminado la duda que suscitaba el anterior, según el cual en tanto no fuese aprobada la cuenta final no tendrían efecto "las disposiciones testamentarias del hijo en favor del padre". Esta fórmula planteaba una duda de difícil solución en cuanto a 'determinar' si, en el supuesto de ser los padres herederos forzosos de tales hijos, también quedaba sin efecto, al menos temporalmente, su derecho a la legítima (hipótesis en la cual podía parecer que la misma ley recortaba los alcances de la norma que ella misma traía sobre la llamada intangibilidad de la legítima o llegaba a establecer indirectamente y fuera de sitio una causal de indignidad para suceder), o solamente .la herencia voluntaria o el legado.

### **8.3.3.7.- REPRESENTACIÓN ESPECIAL PARA ARRENDAR BIENES DEL MENOR.**

El padre, podrá alquilar o arrendar los bienes de sus hijos menores (si bien

para hacerla por más de tres años necesita autorización judicial: artículo 448, 1º), cobrar las rentas o intereses, iniciar juicios de cobro, de desahucio o aviso de despedida, pagar los tributos y retribuciones.

La pregunta que surge es, ¿Forma parte de las facultades de administración el arrendar, y por qué debe tener permiso judicial para por mas de tres años?.

La repuesta es que si forma parte de las facultades de administración de los padres, el arrendar el inmueble del menor, sin embargo, la regla de la autorización judicial, cuando se trata de arrendamiento por mas de tres años corresponde a política legislativa, que no comparte el investigador en la medida que hay otras formas de tutelar los bienes del menor, y esta manera prescrita por la ley es muy onerosa, en dinero y tiempo, con lo cual no se tutela los intereses del menor, sino más bien se le impone un tramite por lo general engorroso. En doctrina, **Benjamín Aguilar Llanos**, señala que

“Administrar significa el gobierno de intereses ajenos, cuidar un patrimonio; el término administración en el Derecho Familiar no es igual al que se emplea en economía. En el Derecho de Familia, a la luz de la normatividad vigente, administrar significa proteger, cuidar, velar por el patrimonio del menor, hacerla producir sin desprenderse del mismo. Por lo tanto, no está dentro del concepto de administración el gravamen ni disposición de los bienes. En este orden de ideas, el padre administrador de los bienes de sus hijos debe cuidar de esos bienes, cumplir con las obligaciones propias que entrañen el mantenimiento del bien y, en concordancia con ello, por ejemplo, deberá hacer las declaraciones juradas necesarias del bien con respecto a las autoridades municipales, pagar los tributos, cobrar los arriendos, iniciar los juicios de desalojo, si fuere el caso, los juicios de cobro de arriendo, etc”<sup>14</sup>.

Asimismo indica que por la propia naturaleza, la administración entraña obligaciones, como la de inventariar los bienes y deudas que constituyen el patrimonio del menor; además que comprende constituir garantías por las resultas de su gestión, y rendir periódicamente cuentas de su administración, opina que el legislador nacional es extremadamente celoso en el cuidado del patrimonio del menor, por cuanto incluso impone al padre administrador la obligación del cuidado del dinero y su inversión, sin dejarle oportunidad para su

<sup>14</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La familia en el código civil peruano”. Lima 2010. Editorial San marcos E.I. R.L. Primera edición: febrero 2008. pp. 349-350.



libre albedrío.

Por otro lado **Cornejo Chávez** establece tres facultades patrimoniales de la patria potestad, se refieren a la administración, el usufructo y la disposición de los mismos. Respecto de la administración refiere que:

**“En general, todos los bienes pertenecientes a los hijos menores de edad deben ser administrados por los padres que ejercen la patria potestad (...) El padre, por tanto, podrá alquilar o arrendar los bienes de sus hijos menores (si bien para hacerla por más de tres años necesita autorización judicial: artículo 448, 1º), cobrar las rentas o intereses, iniciar juicios de cobro, de desahucio o aviso de despedida, pagar los tributos y retribuciones, efectuar las reparaciones que resulten necesarias. Alquilar cajas de seguridad, etc., etc.”<sup>15</sup>.**

¿Y cuales serian los criterios para administrar?. La doctrina a este respecto responde que debería tenerse presente la naturaleza de los bienes y las circunstancias de su cuidado o manejo, asimismo y dentro de las normas que rigen la conducta de un prudente administrador. ¿Qué es un “prudente administrador”? Este concepto responde a una construcción doctrinaria que se establece casuísticamente, para cada circunstancia y época, procurando respetar líneas maestras del pensamiento, es decir un prudente administrador no podría ser un dilapidador, pero tampoco una persona mezquina. Cornejo Chávez al respecto se pronuncia indicando que:

**“El padre que ejerce la potestad incurriera en descuido o abuso, quedaría responsable del desmedro que tal conducta ocasionara al hijo en su patrimonio”<sup>16</sup>.**

Preciso es advertir que el control y seguimiento de las responsabilidades administrativas, exigirían ordinariamente un marco institucional idóneo para procurar su eficacia y eficiencia, siendo en ese orden de ideas imprescindible el inventario inicial y final de los bienes, la constitución de una garantía, y la rendición de cuentas, y si bien el Código no trae una norma que expresamente y con carácter general establezca la obligación de los padres de inventariar, constituir garantía, y rendir cuentas, de los bienes de sus hijos que ellos se encuentra administrando, no obstante por vía de interpretación

<sup>15</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Lima 1998. Gaceta Jurídica. p. 532.

<sup>16</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit. p. 532.

sistemática y lógica del texto de varias normas fluyen dichas obligaciones, como son los artículos 243 437 441 y 1006 del C.C.

Por otro lado, es algo importante y que va con el interés superior del niño, es que por mandato del artículo 459° del Código Civil, es posible, que los padres consulten al menor que tenga más de 16 años los actos importantes de la administración, esto debe entenderse partiendo del supuesto que tal menor cuenta con discernimiento y por lo tanto tiene capacidad de conocer lo conveniente o inconveniente para sus intereses, no obstante el mismo precepto otorga a los padres esta facultad, entendiéndose como tal y no como un deber que ineludiblemente deberán cumplir los administradores.

### **8.3.4.- LIBRO IX: REGISTROS PÚBLICOS.**

El Libro IX del Código tiene 8 títulos, siendo el título V, el que regula el “Registro de Mandatos y Poderes” (Artículos 2036° al 2038°).

#### **“Artículo 2036.- Instrumentos inscribibles.**

Se inscriben en este registro:

- 1.- Los instrumentos en que conste el mandato o el poder de un modo general o para ciertos actos.
- 2.- Los instrumentos en que conste la sustitución, modificación y extinción del poder o mandato, en su caso”.

**Artículo 2037.-** Las inscripciones se hacen en la oficina del lugar donde se va a ejercer el mandato o el poder. (\*)

(\*) Artículo modificado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 10-93-JUS, publicada el 23-04-93. La misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la Primera Disposición Modificatoria del Decreto Legislativo N° 768, publicado el 04-03-92 y la del Artículo 5 del Decreto Ley N° 25940, publicado el 11-12-92, cuyo texto es el siguiente:

#### **"Artículo 2037.- Lugar de inscripción.**

Las inscripciones se hacen en el Registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación."

#### **“Artículo 2038.- Derecho del tercero de buena fe.**

El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos”.

Son normas generales, que están referidas a tres temas en particular. Los

instrumentos inscribibles, lugar de inscripción, y el derecho del tercero de buena fe. De la manera como están reguladas, genera polémica, por su ambigüedad que no resuelve problemas sino que los crea, no regula las relaciones jurídicas sino que las traba.

Registros Públicos, como tal es una institución que data desde 02 de enero de 1888, cuando se crea mediante Ley en el Gobierno del Mariscal Andrés Avelino Cáceres, creándose el Registro de la Propiedad Inmueble como una dependencia de la Corte Suprema de Justicia, siendo el primer Reglamento General de los Registros Públicos promulgado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, y fue publicado con fecha 11 de setiembre de 1888. Después de 52 años de vigencia, es derogado por el Reglamento de los Registros Públicos, publicado el 18 de julio de 1940, Ley que reglamenta lo establecido en el Artículo 1038 del Código Civil de 1936.

En este Reglamento, por primera vez en el Perú, se establece un Registro de Mandatos y Poderes.

El 16 de mayo de 1968, durante la primera fase del gobierno militar, mediante acuerdo de la Corte Suprema se aprueba el Reglamento General de los Registros Públicos.

El 18 de junio de 1980 mediante D.L. N° 23095 se dicta la Ley Orgánica de la Oficina Nacional de los Registros Públicos – ONARP, mediante la cual se le otorga el status de persona jurídica de derecho público interno con autonomía administrativa y económica, conservando la misma naturaleza de Organismo Público Descentralizado vinculado a la Presidencia de la República, conforme lo dispuesto el D.L. N° 17532 del 25 de marzo de 1969. Con fecha 12 de junio de 1981, mediante D.L. N° 119 se dicta una nueva Ley Orgánica de los Registros Públicos y Ley de la Oficina Nacional de los Registros Públicos – ONARP, por la cual se establece que los Registros Públicos se constituyen en un Organismo Público Descentralizado del Sector Justicia, asimismo, esta norma restableció en sus funciones a la Comisión Facultativa por el Tribunal Registral.

El 21 de diciembre de 1992 se dicta mediante D.L. N° 25993, la Ley Orgánica del Sector Justicia en la cual se introdujo una variante significativa respecto a la vinculación administrativa de la institución. Finalmente, con fecha 18 de octubre de 1994 mediante Ley N° 26366 se crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), regulada por su Estatuto aprobado mediante D.S. N° 04-95-JUS, con la finalidad de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país.

Estima pertinente el autor, señalar que en los tiempos de reforma administrativa del Sistema Registral peruano, más inmediatamente recientes que se inicia desde 1994 en adelante, las diversas administraciones han incidido en establecer políticas registrales sustentadas en aspectos pseudo técnicos que encarecen los servicios registrales y hacen más tedioso en general todas las relaciones jurídicas patrimoniales, y en este tema específico de mandatos y poder se aprecia en su aspecto más palpable. Y ello es así, por las siguientes razones:

La inscripción en el registro de mandatos y poderes, no son obligatorias ni constitutivas, por mandato legal, sin embargo en la práctica lo es.

#### **8.4.- LA REPRESENTACIÓN EN SEDE JUDICIAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Históricamente la representación en general aparece muy tarde en sede judicial, y además la “Representación Judicial” hoy mismo es ninguneada por muchos juristas y legislaciones. Al respecto, se pronuncia quien es considerado el fundador del Derecho Procesal Moderno, el jurista italiano **Giuseppe Chiovenda**:

“Los antiguos procesos eran contrarios a la representación porque atendían ante todo a una función de pacificación que hacía indispensable la presencia personal de las partes, y porque exigían de éstas actos estrictamente personales (por ejemplo, el juramento). La representación no se admitió en el campo del proceso hasta mucho después de conocerse en el Derecho sustantivo, y en ocasiones no se llegó al reconocimiento absoluto de ella sino pasando antes por una forma de verdadera sucesión en la relación

sustantiva (procurador in rem suam). Actualmente, se admiten representantes en el proceso, lo mismo que se admiten en general para las demás relaciones jurídicas.”<sup>17</sup>

Téngase presente que las palabras del jurista italiano, corresponden a principios del Siglo XX. Por otro lado, el jurista uruguayo **Enrique Véscovi**, concordando con el jurista italiano antes mencionado, precisa:

**“La representación significa un obrar en nombre ajeno, y la consecuencia de que los efectos jurídicos de los actos que realiza una persona (representante), recaen sobre otro (representado), fenómeno que no se conoció en el derecho antiguo.”**<sup>18</sup>

La representación judicial es, por lo general, un medio para suplir un defecto de capacidad de obrar de determinadas personas o un medio para evitar el desamparo de unos bienes que están faltos de titular, o que su titular no se encuentra en condiciones de asumir por sí mismo su ejercicio. La representación judicial se encuentra regulado en nuestro Código Procesal Civil, si bien el legislador no ha utilizado dicho epígrafe para referirse al mismo, el caso más concreto es el Artículo 66, referido a Curatela. Asimismo la representación judicial se encuentra utilizada en nuestro Código Civil y en las leyes especiales. Los casos más notables de representación judicial se pueden encontrarse en el Derecho de la Persona y de la Familia. Por ejemplo, el representante judicial de los bienes del desaparecido; el representante legal del declarado ausente; los padres que ejercen la patria potestad; el tutor del menor o incapacitado. El jurista uruguayo **Enrique Véscovi**, conceptúa que:

**“El representante judicial obra siempre en nombre ajeno (la parte es quien actúa en nombre propio); no obstante ello y por excepción, hay casos en que, cesado el mandato, continúa la representación, como ocurre cuando fallece el mandante o con motivo de su incapacidad, y aun en la revocación.**

**Esto se explica por razones estrictamente procesales, en garantía a las demás partes en el proceso. En dicho caso, en la mayoría de los países se admite la continuación de la personería acreditada en juicio hasta que comparezcan los herederos o el curador”**<sup>19</sup>

<sup>17</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. “Curso de Derecho Procesal Civil”. México 1997. Editorial HARLA. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonso. p. 341.

<sup>18</sup>VESCOVI, Enrique. “Teoría general del proceso”. Santa Fe de Bogotá 1999. Editorial Temis S.A. pp. 193/194.

<sup>19</sup>VESCOVI, Enrique. “Teoría general del proceso”. Santa Fe de Bogotá 1999. Editorial Temis S.A. p. 193.

Más adelante el mismo **Enrique Véscovi**, precisa sus ideas, señalando que:

**“Por lo tanto, el representante no es parte en el proceso, sino su representado, lo cual tiene una serie de consecuencias importantes en el procedimiento. En principio, porque los efectos de la actuación en juicio del representante recaen sobre el representado, salvo norma expresa (por ejemplo, la que establece obligaciones y responsabilidades del procurador)”**<sup>20</sup>

## **8.5.- LA REPRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Nuestra doctrina no ha dedicado muchas páginas al tema, son escasos los estudios al respecto, destaca entre estos el estudio del maestro sanmarquino Jorge CARRIÓN LUGO, con la claridad de sus ideas, enseña que:

**“C) LA REPRESENTACIÓN JUDICIAL O PODER EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.-** Aquí se trata de casos en los cuales compete al juzgador la designación de la persona a quien, en determinadas situaciones, corresponde la representación de otra (....). He aquí algunos casos que señala nuestro código adjetivo:

a) Cuando el incapaz relativo no tenga representante legal o éste estuviera ausente o surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo (Art. 66 inc. 1, CPC).

b) Cuando la demanda se dirija contra un incapaz que carece de representante o éste se halle ausente, se le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por el incapaz relativo, si lo considera idóneo (Art. 66 inc. 2, CPC).

c) El juez nombrará curador procesal para el incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el propuesto por el relativamente incapaz, si Fuera idóneo (Art. 6 inc. 3, CPC).

d) También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el Juez advierta la aparición de un conflicto de (.../..) intereses entre el incapaz y su representante legal, o confirmará el propuesto por el incapaz relativo (Art. 66 inc. 4, CPC)”<sup>21</sup>

**¿Y qué sucede cuando no existe Representación Judicial, pero se actúa como si existiera está?**

El maestro **Jorge CARRIÓN LUGO**, ensaya la siguiente respuesta:

**“D) Intervención oficiosa en los procesos.** Nuestro ordenamiento jurídico procesal civil regula la figura procesal de la procuración oficiosa, permitiendo la comparecencia en nombre de personas que no tienen representación judicial siempre que concurren determinados supuestos, como el caso de un ausente del

<sup>20</sup> VESCOVI, Enrique. Ob. Cit. p. 194.

<sup>21</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. "Tratado de derecho procesal civil". Lima 2000-A. Editorial Grijley. Vol I. pp. 249-250.

país (Art. 81 CPC). El Código hace referencia a la carencia de la representación judicial, pero hay que entender que se trata de la carencia de la representación legal, convencional y judicial en rigor. Una persona, por ejemplo, puede válidamente apersonarse a un proceso seguido contra otra - supongamos no tuviera representación conferida con poder suficiente a favor de tercero y que se hallara fuera del país - para defender sus intereses en el proceso. El Código, en determinados casos, concede legitimidad para intervenir en el litigio en representación de quien no tiene ningún tipo de representante. En estos supuestos el Juez debe examinar cuidadosamente la legitimidad para obrar del tercero. Señalemos a continuación esos supuestos:

a) Se puede comparecer al proceso en nombre de persona de quien no se tiene representación siempre que concurren los siguientes supuestos fácticos: que persona por quien se comparece se encuentra impedida de hacerlo por sí misma, estuviera ausente del país, tenga razones fundadas de temor o amenaza, se trate de una situación de emergencia o de inminente peligro o cualquier otra causa análoga, a condición de que se desconozca de la existencia de representante con poder suficiente, tratándose, se supone, de personas naturales capaces (Art. 81°, inc. 1, CPC).

b) Se puede comparecer al proceso en nombre de persona de quien no se tiene representación cuando la parte contraria lo pida, caso en el cual el procurador oficioso prestará garantía suficiente a criterio del Juez de que su gestión será ratificada”<sup>22</sup>

El juez en el tema de la representación también interviene de cierta manera, es en la Ratificación:

“RATIFICACION.- Por el procurado (representado) dentro de los dos meses siguientes a la comparecencia de éste. Si no se produce la ratificación se declarará concluido el proceso y se podrá condenar al procurador al pago de daños y perjuicios, así como a las costas y costos, siempre que, a criterio del juez, la intervención oficiosa haya sido manifiestamente injustificada o temeraria. Se presume con carácter absoluto la ratificación de la procuración cuando el interesado comparece por sí o debidamente representado y no rechaza expresamente la actuación del procurador. Es inválida la ratificación parcial o condicional. La ratificación tiene efectos retroactivos a la fecha de la comparecencia del procurador; sin perjuicio del derecho de terceros (Art. 81°, inc. 2, CPC).”<sup>23</sup>

Por otro lado, desde el Derecho Civil se pronuncia el maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez (1998), estimando que la Representación Judicial se presenta cuando la representación proviene de una resolución judicial dictada frente a una imposibilidad material como es, por ejemplo, el caso del desaparecido (persona que no se encuentra en su domicilio ni se tiene noticias sobre su paradero) que no tiene representante ni mandatario, entonces en estas circunstancias es el juez, a solicitud de sus

<sup>22</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. "Tratado de derecho procesal civil". Lima 2000-A. Editorial Grijley. Vol I. p. 250.

<sup>23</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. Ob. Cit. p. 251.

parientes quien puede designar un curador interino de sus bienes (artículo 47 y 597); la representación del hijo que está por nacer con padre premuerto (hijo póstumo) y con la madre destituida de la patria potestad (artículo 598).

**¿Es la representación judicial una figura distinta de la representación voluntaria, y de la representación legal, o es una institución única que sería la representación que abarcaría además la legal y la voluntaria?**

Las diferencias entre dichas clases de representación son evidentes e innegables. Las más importantes parecen las siguientes. En la representación legal, el representante es por hipótesis el único posible autor del negocio o acto, de aquí que la única voluntad a tener en cuenta a efectos de vicios u otras circunstancias (ejemplo buena fe) sea la suya. En la representación voluntaria, en cambio cabe hablar de una colaboración de representante y dominus negotii, que será tanto más clara cuanto mayor sea la especialidad del poder del representante, por lo cual ambas voluntades juegan un relevante papel en la formación del negocio jurídico o acto jurídico, y ambas deben, en principio al menos, ser tenidas en cuenta, a la hora de decidir respecto de la validez o invalidez del negocio. En la representación judicial el Juez, en principio es quien en ejercicio de su poder jurisdiccional nombra representante, y si bien cabe hablar de una colaboración con este, sin embargo al encontrarse las facultades perfectamente delimitadas, y restringidas a determinados actos, es el Juez quien deberá responder, estando a que el representante responde cuando excede, u omite sus facultades. En la representación voluntaria, el principal confiere su representación con un abanico amplio de facultades al representante. En la representación legal, las facultades son específicas y están contempladas en la Ley. Y en la representación judicial, si bien es cierto que las facultades del representante son específicas, es el Juez quien al fin de cuentas establece que facultades otorga. En la representación voluntaria, el hecho de que del dominus negotii confiera su representación a otra persona, no limita su facultad para realizar por sí mismo el acto jurídico, si así lo considera conveniente. En la Representación Legal, no puede actuar sino quien ha sido nombrado representante, es la única posibilidad. En la Representación Judicial,



sólo actúa quien es nombrado por el Juez, y este es quien puede revocar, y nombrar a otro representante, pero el Juez no puede realizar los actos por si mismo. En la representación voluntaria, el fundamento es la "ampliación" del ámbito de actuación del representado, en la representación legal es la "necesidad" de suplir la imposibilidad jurídica de actuación de la persona, y en la representación judicial es la "protección" de intereses dignos de tutela.

Si bien se podría encontrar mayores diferencias entre estas clases de representación, no menos cierto es que no se justifica que estén reguladas tan dispersamente, y diferentemente, debería haber una teoría general de la representación expresada legislativamente en un texto legislativo.

Se verifica entre sujetos intervinientes en un proceso judicial, ante el órgano jurisdiccional. A quienes comparecen se le exigen los requisitos para el acto jurídico en general. Entonces, para comparecer al proceso (*legitimatío ad processum*), se requiere de capacidad de ejercicio, por lo que se exigen los mismos requisitos para realizar actos civiles. Esta capacidad procesal, la encontramos estipulada en el artículo 58º de nuestro Código Procesal Civil. Esta capacidad es distinta a la capacidad para ser parte. La representación procesal deriva de la capacidad de postulación, o derecho de postulación. Quienes comparecen en un proceso, pueden hacerlo por medio de otra persona (representante), con lo que surge una relación jurídica entre representante y representado, cuya naturaleza jurídica depende de la forma en que se instituye. Esta capacidad de postulación es aplicable únicamente para la representación voluntaria, no para la Legal, ni para la Judicial. El Código Procesal Civil peruano, ha contemplado la capacidad de postulación en el artículo 58º, estableciendo la posibilidad de comparecer al proceso por si ó para conferir representación designando apoderado judicial. La norma exige a la persona que quiera ejercer ese derecho, tres requisitos excluyentes: tener facultad para disponer los derechos que haga valer en la litis (titular de derecho real, por ejemplo); estar facultado por ley (por ejemplo. Patria potestad); y, a quienes ejercen por sí sus derechos, pero representando a otras personas

(apoderados designados extra proceso, procuradores oficiosos). La representación procesal es una institución jurídica por la cual una persona natural o jurídica, comparece en un proceso, para intervenir en él y realizar actos procesales, en nombre e interés de otra, en virtud a un poder conferido en ejercicio de su autonomía de la voluntad, por mandato judicial, o disposición legal.

Conviene resaltar la técnica legislativa empleada por el Código Procesal Civil, al haber consignado un capítulo especial dedicado a la representación procesal; situación que no se dio en el derogado Código de Procedimientos Civiles, que sí normaba aspectos de esta institución de manera dispersa, en distintos artículos del mencionado cuerpo de leyes. Teniendo en cuenta que la representación procesal es una sub especie de la representación, se aplican las mismas reglas que la representación civil. Por ello, el artículo 62° del Código procesal contempla la aplicación supletoria de la ley sustantiva en lo referente a representación y mandato. Considerada la supletoriedad del Código Civil, la inclusión de los artículo 70° y 78°, que se refieren al requisito para ser apoderado y al cese del representante, respectivamente, no tenían sentido, porque están bien normados en el Código sustantivo. La revocación del poder, contemplada en el mismo artículo 78°, si está mejor tratada en el Código Procesal, en tanto permite al representado reasumir la representación en cualquier momento.

### **8.5.1.- CLASIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN PROCESAL.-**

Existen varios criterios, conforme podemos apreciar:

**Por los alcances del poder:** Representación general, Representación especial

**Por el origen:** Representación procesal voluntaria, Representación legal Adjetiva, Representación Judicial

**Por el número de representantes:** Singular, Plural.

**Por la condición del representante:** Apoderado, Abogado-representante, Procurador público

### **8.5.1.1.- POR LOS ALCANCES DEL PODER.**

#### **8.5.1.1.1.- REPRESENTACIÓN GENERAL.**

El código procesal contempla a esta clase de representación procesal, en su artículo 74°. En primer lugar, hacemos notar un defecto en la terminología utilizada. Al inicio del párrafo se utiliza la denominación representación judicial, cuando lo correcto es la denominación representación procesal, tal como lo utiliza el código en los artículos 63°, 64° y 65°, así como en la denominación del capítulo I de este título I de la Sección segunda. La representación judicial es la instituida por decisión del juez mediante un acto procesal, en los casos que la ley autorice hacerlo, y también por decisión motivada. El artículo 74° hace referencia a las atribuciones y potestades, entiéndase facultades, generales que corresponden al representado, lo cual se entiende como apoderamiento para realizar actos procesales en nombre de otro. ¿Qué actos pueden realizar?, todos los permisibles, con excepción de aquellos que la ley exige poder especial otorgado de manera expresa, como los comprendidos en el artículo 75. A nuestro modo de ver, se presume que la representación conferida de manera simple, sin precisión alguna, únicamente para realizar actos procesales, es una representación general. Con relación a la extensión del poder, el artículo 74° prescribe que comprende hasta la ejecución de la sentencia, es decir no concluye con el último fallo que cause estado. Asimismo, aclara que también abarca el cobro de costas y costos. Se distingue pues la conclusión de la cosa materia de controversia, con el cumplimiento del fallo que le da origen.

La parte final del artículo menciona que no están comprendidos en sus alcances, aquellos actos que requieren de la participación “personal y directa” del representado. Se refiere a actos personales (ejemplo: declaración de parte).

#### **8.5.1.1.2.- REPRESENTACIÓN ESPECIAL.**

Esta clase de representación, exige que las facultades estén consignadas en poder expreso, para ello el artículo 75° enumera algunos de aquellos actos,

añadiendo “para los demás actos que exprese la ley”. Así se deduce que los actos enumerados no serían los únicos que se requieren de poder especial. Entre los actos que requieren de poder especial, establecidos por otras leyes, tenemos a la exigida a los representantes legales de incapaces, la facultad especial que necesitan los procuradores públicos para transigir en juicio, las requeridas por el co-propietario para demandar en nombre del condómino entre otras. Podemos ensayar en explicar las razones que motivan la inclusión de los actos comprendidos en el artículo 75°. Así., los actos de disposición de derechos sustantivos, excluyendo a los “adjetivos”, porque para que una persona se desprenda de un derecho -patrimonial por ejemplo- debe tomarse nombramiento. ... “. De esta forma, para la norma del Derecho societario no rige el principio de literalidad exigido por la norma adjetiva, presumiéndose entonces la existencia de facultades generales y especiales con la sola designación. Esta forma de tratamiento nos parece correcta.

#### **8.5.1.2.- POR EL ORIGEN DEL PODER**

Se establecen hasta tres clases, a saber:

##### **8.5.1.2.1.- REPRESENTACIÓN PROCESAL VOLUNTARIA.**

De manera similar a la representación civil, el poder puede tener su origen en actos jurídicos, como un acto unilateral, como por ejemplo el poder conferido mediante escritura pública, o el conferido mediante escrito o acta ante el juez. Asimismo, el poder puede haberse dado de manera convencional, por lo general a través un contrato de mandato. En estos casos, las facultades se consignan en el acto de apoderamiento.

##### **8.5.1.2.2.- REPRESENTACIÓN LEGAL.**

En estos casos nos encontramos en aquellos casos en que la investidura de poder y las facultades no son conferidas por un acto jurídico, sino se encuentran consignadas en una norma legal. Dentro de este grupo, encontramos la administración judicial.

Hablamos de sustantiva, cuando las facultades están consignadas en una norma sustantiva. Dentro de este sub grupo todavía encontramos a aquella

inherente a particular como por ejemplo las establecidas para la representación orgánica, representación de incapaces, patrimonios autónomos, gestión de negocios, entre otros. Otro sub grupo sería el referido a entidades estatales autónomas, cuyas leyes orgánicas de creación contemplan las facultades procesales de sus representantes legales.

Hemos considerado a la representación legal adjetiva, en tanto que es el Código procesal civil u otra norma adjetiva, la que establece las facultades del representante y las reglas de su participación en juicio. Dentro de este sub grupo, encontramos a la representación oficiosa (artículo 81°), a la de intereses difusos (artículo 82°), representación del patrimonio autónomo (artículo 65°), de los incapaces (artículo 63°) y de personas jurídicas, y de personas jurídicas extranjeras .

#### **8.5.1.2.3.- REPRESENTACIÓN JUDICIAL.**

Es aquella que nace de una resolución judicial de designación. Ubicamos en este supuesto, al curador procesal, curador procesal por ausencia o impedimento del curador, apoderado del auxiliado, apoderado común, regulado en el Art. 66° del C.P.C..

#### **8.5.1.3.- POR EL NÚMERO DE REPRESENTANTES:**

Se conocen dos clases, y estas son:

##### **8.5.1.3.1.- SINGULAR.**

Cuando en una persona recae la calidad de representante.

##### **8.5.1.3.2.- PLURAL.**

Cuando en varias personas recae la calidad de representante.

#### **8.5.1.4.- POR LA CONDICIÓN DEL REPRESENTANTE: APODERADO, ABOGADO-REPRESENTANTE, PROCURADOR**

## **PÚBLICO.-**

Esta clasificación es importante, porque el representante a su vez puede actuar también como abogado, o procurador público.

### **8.5.2. ACEPTACIÓN Y EXTINCIÓN DEL PODER.-**

El artículo 71°, establece la presunción jure et jure de la aceptación del poder con el ejercicio de este, salvo el caso de poderes otorgados en el extranjero, que para su verificación requieren del apersonamiento por escrito. Se entiende que el ejercicio puede hacerse efectivo en diversas formas, como por ejemplo con el apersonamiento en autos, sea mediante escrito o en alguna diligencia judicial. Pero, el código no se ha puesto en otras posibilidades, como la recepción de una notificación y consiguiente aceptación tácita del mismo al no devolverla o no emprender algún medio de rechazo al mencionado acto. Sobre la extinción, el contenido del artículo 78° no tiene sentido si se va remitir a lo dispuesto por el mandato en la norma sustantiva. (REV).

### **8.6.- LA REPRESENTACIÓN EN LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL.-**

Regula la representación en el Art. 290°, el maestro sanmarquino Jorge Carrión Lugo, estima que este artículo se encuentra en colisión con el Artículo 80° del C.P.C. EL artículo 290° permite actuar con todas las facultades procesales al abogado, el artículo 80° exige para ciertos actos como la apelación facultades expresas. El maestro Jorge Carrión Lugo, estima que en escritos de apelación necesariamente debe ir la autorización a través de su firma del representado litigante, por ello se entiende que la LOPJ otorga plazo para subsanación de firma.

### **8.7.- ¿POR QUE EL JUEZ TIENE POTESTAD DE OTORGAR PODER?**

La fundamentación doctrinaria es porque el Juez tiene poder jurisdiccional, esto es tiene facultad de decir derecho, de otorgar

derecho, así es considerado consensualmente; y este poder jurisdiccional se deriva del concepto de *Imperium*, el mismo que es monopolizado por el Estado en las sociedades modernas.

## **8.8.- EL PODER EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES.-**

En esta ley, se incide en la patria potestad, al considerar en el inciso g) del artículo 82°, como uno de los deberes y derechos de los padres, *“representarlos en los actos de la vida civil, mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil”*. Cuando habla de los administradores de bienes de niños y adolescentes, recoge el mismo criterio del artículo 447° del Código civil, que dispone la necesidad de los padres de contar con autorización judicial, así aparece la Representación Judicial, y es para gravar o enajenar los bienes del menor.

En el Código de los Niños y Adolescentes, la Representación de los padres en calidad de representantes de los menores, quienes vendrían a ser los representados, viene como parte del ejercicio de la patria potestad, es una de las aristas de ésta (las otras aristas personales se pueden resumir en los derechos deberes de tenencia, vigilancia y corrección, de asistencia, educación y formación; además los contenidos patrimoniales de la patria potestad están referidos a los derechos-deberes de administración y de usufructo legal de los bienes de los hijos; normalmente estos son correlativos, en la medida que los padres administran y a la vez gozan del usufructo de tales bienes, debiendo cumplir las cargas que del usufructo emanan), por lo que es pertinente una referencia a esta institución. La patria potestad es regulado de diversa manera por el Derecho, la primera manera de consagrar fue la tradicional posición de primacía del padre en el ejercicio de la patria potestad, consagrada por el Código francés y muchos otros que siguieron su inspiración; posteriormente y con las demandas políticas de los movimiento feministas, se abrió un espacio que siempre debió estar presente, es decir la participación de la madre en el ejercicio de la patria potestad. No sorprende por ello, que en la actualidad numerosos países han instaurado el sistema de

patria potestad conjunta del padre y de la madre, que se corresponde en las relaciones paterno-filiales al sistema de codirección matrimonial en las relaciones conyugales (con presencia nacional recién a partir del Código Civil de 1984), siendo ambos aplicación o exponentes del principio de igualdad jurídica, aplicable también a los cónyuges que se proclama en textos constitucionales, y que deriva en leyes modernas sobre el Derecho familiar.

La patria potestad corresponde a ambos padres, quienes tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos, debiendo tener en cuenta sus opiniones, en función a su edad y madurez, antes de adoptar decisiones que los afecten, es decir, atendiendo al interés de los hijos. Nuestras normas se inspiran en el sistema de patria potestad conjunta, con recurso judicial en caso de desacuerdo.

Sin embargo tenemos hipótesis polémicas, en los cuales se han pronunciado la doctrina y la jurisprudencia, y que enseguida las formulamos:

¿Qué ocurre cuando uno sólo de los cónyuges actúa en representación de la patria potestad? La respuesta es que en cuanto a la actuación individual de los padres, el consentimiento que en el otro progenitor se presume implica, en el plano jurídico, que el acto ha sido realizado por ambos. Esto tiene importancia ante los terceros en beneficio de quienes surge un crédito en razón del acto dispuesto, y asimismo incide en su responsabilidad por daños. Por ejemplo, si la madre inscribe al hijo para una excursión, dado que el acto ha sido realizado por ambos, en razón del consentimiento presunto del padre, el crédito del organizador de la excursión podrá ser reclamando contra ambos progenitores. En tanto que si no fuera así, y resultara suficiente la voluntad de un progenitor sin presumirse el consentimiento del otro, la responsabilidad por el acto sería atribuible únicamente a quien lo dispuso, sólo a él podría el tercero reclamar su crédito; esta es la línea de interpretación establecida en



la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, así da cuenta el especialista Alex Plácido Vilcachagua<sup>24</sup>.

**¿Qué ocurre cuando uno sólo de los cónyuges actúa en representación de la patria potestad ante la imposibilidad por parte de uno de ellos de concurrir a la decisión compartida?** En este caso se presentan varios supuestos. La respuesta es que se debe tener en cuenta los supuestos de imposibilidad por parte de uno de los padres de concurrir a la decisión compartida, se da en los casos de muerte, ausencia ó incapacidad de uno de los padres, cuando uno de ellos se halla impedido de hecho para ejercerla, o cuando ha sido suspendido del ejercicio de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, la finalidad es no dificultar que el otro cónyuge pueda cumplir sus deberes de velar por el hijo. En todos estos casos de imposibilidad de uno de los cónyuges, se atribuye al otro el ejercicio exclusivo de la patria potestad. Por lo tanto, todos los atributos de la patria potestad se concentran en uno u otro progenitor, sin distinción de sexo. Otra situación ocurre, cuando los padres se hallan separados por separación de cuerpos, divorcio o invalidación del matrimonio, en estos supuestos el ejercicio de la patria potestad se concentra en el padre o madre a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio. En cuanto a la función de la patria potestad, los poderes que se atribuyen a los padres en relación con sus hijos, se otorgan para el cumplimiento de los deberes que se imponen a los padres y, por tanto, en beneficio del hijo. El interés del hijo, como una derivación del principio del interés superior del niño, constituye la finalidad de la patria potestad, y por lo tanto es la que preside las relaciones personales como las patrimoniales.

No obstante lo referido, debemos tener presente que siempre la patria potestad es ejercida por ambos cónyuges, por ello es pertinente mencionar la precisión que hace el especialista **José Rubén TARAMONA:**

---

<sup>24</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. "Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia". Lima 2003. Editorial Gaceta Jurídica. p. 450,451.

**“La potestad la ejercen normalmente el padre y la madre (...) La patria potestad comprende varios atributos el derecho de guarda, el de corrección, la administración y el usufructo legal”<sup>25</sup>,**

Otro tema relevante de la regulación del Código de los Niños y Adolescentes, es lo referente a la Suspensión de la Patria Potestad, al cual le dedica el artículo 75º. Lo peculiar es que el padre incumplido puede rectificar su conducta, y por lo tanto, el eventual impedimento desaparecería. Es en estas circunstancias, que procede la restitución del ejercicio de la patria potestad. La restitución del ejercicio de la patria potestad debe efectuarse judicialmente (artículo 78º del Código de los Niños y Adolescentes). En ese sentido, la legislación consolida la presencia de los cónyuges, y procura por todos los medios que ello sea así, por ello no sorprende que la doctrina del Derecho de Familia, en la pluma del jurista argentino **Julio López**, se pronuncie en el sentido que.

**“La patria potestad existe como situación de hecho natural y social, con una fuerte legitimidad propia, frente a la cual el derecho nada innova, limitándose a acomodarse a ella”<sup>26</sup>.**

El jurista nacional **Benjamín Aguilar Llanos**, estima que la patria potestad no es una creación de la ley, sino de la naturaleza, y que sólo la ley cumple con regularla, mas no es ella la que confiere los derechos e impone los deberes a los padres, sino que los declara, pues ellos vienen impuestos por la naturaleza, por el hecho mismo de la procreación, en ese sentido menciona que:

**“La autora mexicana Sara Montero nos señala que la protección de los críos es en buena medida natural, y forma parte del instinto de conservación extendido ya no sólo al individuo sino a la especie misma. La vida es el valor por excelencia, sustento de todos los demás que configuran el sentido de la existencia humana. El Derecho, que es un instrumento de convivencia, recoge los valores mínimos de las relaciones humanas, entre ellos el de la protección a los desvalidos y los eleva a la categoría de conductas de interés público”<sup>27</sup>.**

---

<sup>25</sup> TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Derecho de Familia”. Lima 1992. Editora Triunfaremos. p. 120.

<sup>26</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. “Derecho de Familia”. Buenos Aires. 1984. Editora Abeledo-Perrot. p. 332.

<sup>27</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La familia en el código civil peruano”. Lima 2010. Editorial San marcos E.I. R.L. Primera edición: febrero 2008. p. 306.

La patria potestad es el conjunto de derechos que se ejercen en el interés de sus titulares, es decir el padre y la madre, pero que sin embargo no se agota hay, por cuanto también comprende el ejercicio de un derecho-deber, que la ley recoge y deriva de las relaciones ordinarias entre padres e hijos, además de la estructura del grupo familiar y de la inserción en el medio social.

Téngase presente que la patria potestad es exclusivo de los padres, por eso sólo ellos la ejercen (es decir no hay patria potestad de los abuelos, tíos), en ese sentido como derecho se extingue por la muerte de ambos padres; por declaración judicial de abandono; por reincidir en dar órdenes, consejos o ejemplos que corrompan a los niños; por permitir la vagancia de los niños o dedicarlos a la mendicidad; por maltrato físico o mental; y por negarse a prestarles alimentos; y cesa la patria potestad por la muerte del hijo, o cuando este llega a la mayoría de edad, o cuando cesa en su incapacidad relativa, y también por la adopción, respecto de los padres originarios, cesa la patria potestad, no hay pues patria potestad compartida, es exclusiva y excluyente.

## CAPÍTULO IX

# LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA PERUANO EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA DEL PLURALISMO JURÍDICO

### 9.1.- ¿QUE ES EL PLURALISMO JURÍDICO?

Existe mucha controversia y debate en definir que es el Pluralismo Jurídico, pero unanimidad en señalar que *El Pluralismo Jurídico* pone el acento sobre un fenómeno de ocultamiento del Derecho en el cual incurren los Estados Modernos, quienes pretenden que sólo exista el Derecho Oficial ó Estatal. El Estado Moderno unificó el Derecho en la Ley, y se forma así el Derecho Positivo, contraponiéndose al desorden de las costumbres y la diversidad de fuentes legislativas, un proceso que condujo al Estado de Derecho a limitar su propio poder, sometiéndolo a la ley. Posteriormente el Derecho progresivamente envolverá primero a la sociedad y culminará con el Estado. Se trataba de otra forma de evolucionismo moderno, basado en que el Derecho unificado permite una sociedad Democrática y un Estado Civilizado. De esta manera el Estado de Derecho constitucionalizando el poder, juridifica la política.

La construcción del Estado de Derecho, trajo como consecuencia la eliminación del *Pluralismo Jurídico*, como una necesidad de afirmarse así mismo, constituye uno de los límites de la modernidad. Investigaciones sociológicas y antropológicas, demuestran que en puridad este Estado de Derecho Moderno no se ha logrado nunca, ni siquiera en las democracias occidentales, por ello el centralismo jurídico constituye en la actualidad un

mito moderno. En esa línea de ideas una conclusión cae por su propio peso, que todas las sociedades contemporáneas, son pluralistas, y no sólo de las llamadas sociedades del tercer mundo o periferia (América del Sur, África), sino también las del primer mundo o centrales (Europa, USA, Japón). Los países del tercer mundo siempre afirmaron su pluralismo como un signo incluso de su identidad, las del primer mundo suelen negar. Por ello es comprobable el hecho que en todas las Sociedades Modernas, bajo la idea del Estado de Derecho se debe ver disimulado el derecho (subjeto: facultad) del Estado, el mismo que reduce cada vez más los sistemas jurídicos que se distinguen de él, y al mismo tiempo afirma totalitariamente su propia racionalidad, generalmente una racionalidad llamada occidental, a la sociedad entera. En cuanto al origen de la teoría del *Pluralismo*, el pensador Norbert Rouland afirma que una idea madura del mismo la tuvimos a partir de 1939, dice:

"El término pluralismo emerge sólo en 1939 de la pluma de Furnivall, (...) su sentido era aún estrecho ... Poco tiempo después aparecen dos monografías, de Redfield (*The Folk-Culture of Yucatan*, 1941) y de Gluckman (*Analysis of a Social Situation in Modern Zululand*, 1958), que usan el termino 'pluralismo', en el sentido que se le asigna actualmente, dado que consideran las interacciones entre ciertas comunidades locales y el orden normativo superior de la sociedad"<sup>1</sup>

En términos de Fernando de Trazegnies (quien es uno de los primeros en tocar el tema, retomando de alguna manera lo que ya José de la Riva Agüero, se había percatado cuando escribe su tesis de Derecho para titularse de abogado, en nuestra casa de estudios), es una idea postmoderna. Sirve para afrontar los problemas jurídicos de las Comunidades Campesinas y Nativas, expresión genuina de multiculturalidad de nuestro Perú. ***El Pluralismo Jurídico***, es sobre todo una tecnología legislativa.

A diferencia de la cosmovisión moderna que propugna un Orden Jurídico dentro de cada uno de los respectivos Estados, todo lo contrario ocurre con *El Pluralismo Jurídico*, por cuanto aquí se hace referencia a la coexistencia de varios ordenes jurídicos dentro de la sociedad y un mismo espacio geográfico. *El Pluralismo Jurídico* estima que de aplicar el Derecho Oficial, como ocurre en la actualidad, se aplica el Derecho

---

<sup>1</sup> ROULAND, Norbert. Ob. Cit. p. 231

asumiendo la premisa que la sociedad es una realidad homogénea, cuando objetivamente es una realidad heterogénea, esto es que las sociedades modernas son diversas, y como la peruana conforman un abigarrado mosaico de diversas culturas.

Las Comunidades Campesinas y Nativas (según las cifras del censo aproximadamente: 6,012 Comunidades Campesinas, y unas 1,000 Comunidades Nativas), estos ayllus modernos en la actualidad buscan integrarse institucionalmente en el Estado. La sociedad institucionalmente organizada es el Estado, que se encuentra estructurado por una racionalidad occidental tributario de paradigmas modernos, los mismos que hoy están siendo severamente cuestionados. El olvido de las Comunidades Campesinas y Nativas, se debe entre otros factores, al predominio tanto en el mundo como en nuestro Perú, de una Cosmovisión Moderna. Admitidas Constitucionalmente en el artículo 149° y el Artículo 2° Numeral 19 de la Carta de 1993, adquieren ciudadanía Oficial.

## **9.2.- EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO SUR AMERICANO.**

Está establecida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, además está en Constituciones de países hermanos como: Colombia, y Paraguay. La Constitución de Ecuador, y Bolivia, países andinos, regulan también ciertos aspectos del Pluralismo Jurídico, esperamos una regulación amplia y general. Por otro lado, cabe advertir que Venezuela, Chile, y Argentina, países con importante población indígena andina, carecen de toda referencia al Pluralismo Jurídico.

Consideramos que el Pluralismo Jurídico debe luchar por su Derecho, y deberá de hacerlo de manera franca y frontal, atendiendo no a escrúpulos estéticos sino a exigencias morales, como IHERING dice:

"No es siempre la estética, sino la moral, quien debe decirnos lo que la naturaleza del derecho, y lejos de expulsar la lucha por el derecho, la moral la proclama un deber. Este elemento de la lucha y del combate que Herbart quiere eliminar de su idea, es pues, una parte integrante e inseparable de su naturaleza"<sup>2</sup>

### 9.2.1.- CONSTITUCIÓN COLOMBIANA (1991).

Respetando la heterogeneidad de la población, consagra constitucionalmente el Pluralismo Jurídico, sin duda una expresión de algo más profundo, cual es la Pluralidad Cultural. Desde una perspectiva interesante reconoce la facultad de administrar justicia de los pueblos indígenas, con jurisdicción especial aplicando su derecho consuetudinario, teniendo como marcos de referencia la Constitución y la Ley.

*"Artículo 7º.- El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana".*

*"Artículo 13º.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o religiosa. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados y marginados"*

*"Artículo 246.- Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".*

*"Artículo 329.- La conformación de las entidades territoriales indígena se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los*

---

<sup>2</sup> IHERING, RUDOLF VON. "3 Estudios Jurídicos. Del Interés en los Contratos. La posesión. La Lucha por el Derecho". Buenos Aires 1947. Editorial Atalaya. p. 245.

*representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.*

*Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.*

*La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte”.*

## **9.2.2.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE PARAGUAY (1992).-**

De los 34 Estados Americanos, es el país que dedica mayor desarrollo constitucional al tema del Pluralismo Jurídico es Paraguay, un país de mucha identidad, en el que se enseña desde muy pequeños a sus ciudadanos cultivar los valores culturales, no es extraño cruzarse con pobladores paraguayos y escuchar que entre estos usan por lo general el guaraní como medio de relación lingüística. A continuación reproducimos los artículos dedicados al Pluralismo Jurídico.

### **“ARTÍCULO 62.- DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS**

*Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo”.*

### **“ARTÍCULO 63.- DE LA IDENTIDAD ÉTNICA**

*Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”.*

### **“ARTÍCULO 64.- DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA**

*Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas*



*peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.*

*Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos”.*

**“ARTÍCULO 65.- DEL DERECHO A LA PARTICIPACION**

*Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales”.*

**“ARTÍCULO 66.- DE LA EDUCACIÓN Y LA ASISTENCIA**

*El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural”.*

**“ARTÍCULO 67.- DE LA EXONERACIÓN**

*Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de prestar servicios sociales, civiles o militares, así como de las cargas públicas que establezca la ley”.*

En cuanto a la Educación y Cultura, prescribe lo siguiente:

**“ARTÍCULO 77.- DE LA ENSEÑANZA EN LENGUA MATERNA**

*La enseñanza en los comienzos del proceso escolar se realizará en la lengua oficial materna del educando. Se instruirá asimismo en el conocimiento y en el empleo de ambos idiomas oficiales de la República*

*En el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales”.*

**“ARTÍCULO 140.- DE LOS IDIOMAS**

*El Paraguay es un país pluricultural y bilingüe.*

*Son idiomas oficiales el castellano y el guaraní. La ley establecerá las modalidades de utilización de uno y otro.*

*Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación”.*

### 9.2.3.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA (1999).-

La presente Carta Magna de Venezuela también se encuentra publicada en lengua wayuu, que es la lengua de los ancestros indígenas de Venezuela misma, en cuyos artículos pertinentes establecen:

**“Artículo 119.-** *El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley”.*

**“Artículo 120.-** *El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley”.*

**“Artículo 121.-** *Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones”.*

**“Artículo 122.-** *Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos”.*

**“Artículo 123.** Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral”.

**“Artículo 124.-** Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales”.

**“Artículo 125.-** Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley”.

**“Artículo 126.-** Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”.

**“Artículo 260.-** Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

### 9.2.4.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA.-

Si bien no regula expresamente el Pluralismo Jurídico, como lo hace la Constitución peruana de 1993 (Artículo 149°), no obstante lo que si hace es una referencia a la realidad multiétnica y pluricultural, que en el caso de Bolivia está muy presente en su realidad cotidiana, tiene en la Región Colla que abarca ciudades como La Paz, y Oruro, esto es en el Altiplano, que constituyen una mayoría de población Aymara y Quechua.

**“Artículo 1º.-** Clase de Estado y Forma de Gobierno

I. Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa y participativa, fundada en la unión y la solidaridad de todos los bolivianos.

*(\*Artículo modificado por Ley N° 1585 del 12 de agosto de 1994. Párrafo modificado por Ley N° 2650 del 13 de abril de 2004.)*

II. Es un Estado Social y Democrático de Derecho que sostiene como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad y la Justicia”.

*(\*Párrafo introducido por Ley N° 2410 del 8 de agosto, 2002.)*

**“Artículo 171.-** *Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen garantizando del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas y costumbres e instituciones.*

*El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos.*

*Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes.*

*La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado”.*

### 9.2.5.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (1998).

Una realidad se impone respecto a Ecuador, pues constituye una de las comunidades campesinas mejor organizadas de la región, que actúa en política como una minoría con Derechos especiales de representación política, y no sólo en el parlamento sino también en las instituciones que requieran de su presencia. Consagra muchos artículos al Pluralismo Jurídico, además se refiere como las nacionalidades de raíces ancestrales, y asimismo no olvida de los descendientes con ascendencia Africana, a los que denomina pueblos negros o afroecuatorianos.

*“Artículo 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley, son los símbolos de la patria”.*

*“Artículo 3.- Son deberes primordiales del Estado:*

- 1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.*
- 2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.*
- 3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente.*
- 4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.*
- 5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.*
- 6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción”.*

**“Artículo 62.-** La cultura es patrimonio del pueblo y constituye elemento esencial de su identidad. El Estado promoverá y estimulará la cultura, la creación, la formación artística y la investigación científica. Establecerá políticas permanentes para la conservación, restauración, protección y respeto del patrimonio cultural tangible e intangible, de la riqueza artística, histórica, lingüística y arqueológica de la nación, así como del conjunto de valores y manifestaciones diversas que configuran la identidad nacional, pluricultural y multiétnica. El Estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas”.

**“Artículo 83.-** Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”.

**“Artículo 84.-** El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico.
2. Conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles, salvo la facultad del Estado para declarar su utilidad pública. Estas tierras estarán exentas del pago del impuesto predial.
3. Mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita, conforme a la ley.
4. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.
5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.
6. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural.
7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.
8. A no ser desplazados, como pueblos, de sus tierras.

9. A la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

10. Mantener, desarrollar y administrar su patrimonio cultural e histórico.

11. Acceder a una educación de calidad. Contar con el sistema de educación intercultural bilingüe.

12. A sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de los lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella.

13. Formular prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales; y a un adecuado financiamiento del Estado.

14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley

15. Usar símbolos y emblemas que los identifiquen.

**“Artículo 85.-** El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable”.

**“Artículo 97.-** Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. 2. Defender la integridad territorial del Ecuador. 3. Respetar los derechos humanos y luchar porque no se los conculque. 4. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular. 5. Respetar la honra ajena. 6. Trabajar con eficiencia. 7. Estudiar y capacitarse. 8. Decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada. 9. Administrar honradamente el patrimonio público. 10. Pagar los tributos establecidos por la ley. 11. Practicar la justicia y solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios. 12. Propugnar la unidad en la diversidad, y la relación intercultural. 13. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, conforme a la ley. 14. Denunciar y combatir los actos de corrupción. 15. Colaborar en el mantenimiento de la paz y la seguridad. 16. Preservar el medio ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo sustentable. 17. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente. 18. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética. 19. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y

*mantener los bienes públicos, tanto los de uso general, como aquellos que le hayan sido expresamente confiados. 20. Ama quilla, ama llulla, ama shua. No ser ocioso, no mentir, no robar.”*

*“Artículo 241.- La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas, serán reguladas por la ley.”*

### **9.3.- EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993.**

Quien plantea por vez primera en el Perú *“El Pluralismo Jurídico”*; y con talento singular fue José de la Riva Agüero, de esta manera:

**"Escribe Ihering: 'El Derecho no sólo puede sino debe ser infinitamente diverso. El médico no prescribe el mismo remedio a todos los enfermos; adapta el remedio a la enfermedad. (...) Imaginarse que el Derecho debe ser en todas partes el mismo, es una concepción tan falsa como la de someter todas las enfermedades al mismo tratamiento. El Derecho Universal, para todos los pueblos, para todas las épocas, corresponde a la panacea para las enfermedades. Es la piedra filosofal nunca encontrada, que los alemanes llaman la piedra de los sabios, pero que solamente los locos se ocupan en buscarla' (El Fin en el Derecho, cap. VII, 12)"<sup>3</sup>**

Hubo una época en que se creyó haber encontrado un camino a la verdad, era el camino de la razón, con el se construyeron muchos caminos que indefectiblemente conducían a la verdad, en el Derecho esta realidad fue dada con el llamado *Ius Naturalismo Racionalista*, con amplia y dilatada vigencia, que se remonta inclusive al Siglo XVII, estas ideas fueron la matriz espiritual de los legisladores modernos, es decir de los responsables de la dación de los Códigos Prusiano, Francés, BGB Alemán.

Característica de esta corriente de pensamiento fue que desvistieron de todo atributo a la persona, construyendo un ente ideal dotado de razón,

---

<sup>3</sup> RIVA AGÜERO, José de la. "Concepto de derecho; ensayo de filosofía jurídica". Lima 1912. Librería Francesa Editorial ROSAY. pp. 105-106.



y de tanto simplificar creyeron haber construido un ser universal, de todas las épocas. Inclusive uno de sus representantes, el filósofo y jurista alemán Immanuel Kant, el príncipe de la filosofía moderna, instauro la razón como Tribunal Supremo, ante el cual deben juzgarse los actos y las formas sociales, y la razón es universal porque es parte de la naturaleza humana, la sociedad es una sola y las diferencias culturales son sólo aspectos anecdóticos. Ya para fines del siglo XIX si bien predominaban estas ideas los Naturalistas Racionalistas, se encontraban en franca decadencia de tal modo que se habían convertido en dogmas a través de la Escuela Exegética (que hasta al presente tiene gran predicamento en nuestros claustros universitarios); sin embargo, en pleno siglo XIX en Alemania dos grandes juristas: Savigny, y Ihering, se rebelaron contra estas ideas dominantes; en Francia siguieron los mismos pasos, a fines del Siglo XIX, Planiol, y Geny; quienes también cuestionaron severamente estos mitos modernos.

Una historia como sociedad andina cohesionada en un amplio territorio, lo encontramos en el Tahuantinsuyo. En efecto los Incas, realizaron una cruzada civilizadora bajo el predominio de la lengua Runa Simi y la cultura Cuzco. De acuerdo a Porras Barrenechea, en un momento de crisis de liderazgo político y después de haber logrado completamente la integración del mundo andino, llegan los españoles y desafían el entonces devaluado poder central del Tahuantinsuyo. Emergen decenas de étnicas aprovechando la presencia española para plantear sus reivindicaciones institucionales, apoyando a los españoles contra el poder central que cae derrotado. El Virreinato produce cierta integración a través del mestizaje racial y cultural.

El Derecho contribuirá a señalar las diferencias, la preocupación del Gobierno Español de proteger al Indio lleva a la creación de dos países compartiendo un mismo espacio geográfico, así surge La República de: Españoles, e Indios; con mayor poder de los primeros sobre los segundos. Lo grave es que aquellos que podrían haber representado el éxito de la fusión entre los Españoles e Indios, los Mestizos quedaron sin sitio: No son españoles tampoco son indios, y no tendrá más remedio que mimetizarse con uno u

otro lado. Dado el predominio de los peninsulares, el mestizo buscara ser español a toda costa. La República termina con eliminar la división jurídica entre estos dos grupos, y pretende tratar a todos los hombres por igual. Una medida legal de abolición de la nobleza india en 1825, lleva a que los indios pierdan personajes representativos y desaparezcan del mundo oficial.

La Diversidad Cultural en la República aumenta, no sólo porque las diversas nacionalidades autóctonas conservan sus identidades sino porque además se producen movimientos migratorios, en la Colonia desde el África; con la República de otras partes del mundo siendo los de mayor importancia las corrientes migratorias: China, Italiana, y Japonesas. El panorama actual del Perú es culturalmente complejo, las matrices culturales no han logrado integrarse totalmente.

En el Perú, es de singular importancia el tema del *Pluralismo Jurídico*, las diferentes nacionalidades que habitan todas con sus propias características, nos permiten afirmar que cada nacionalidad tienen sus características propias que hacen de cada comunidad un colectivo autentico, irrepetible, lo cual permite tener una identidad, y a su vez percibimos el fenómeno de que cada nacionalidad incorpora elementos de otros a su acervo cultural.

Somos pues una sociedad multicultural como afirman el jurista Trazegnies<sup>4</sup>, y el historiador, discípulo de Porras, Hugo Neira<sup>5</sup>, lo cual debe reflejar en la existencia de varios ordenes jurídicos hoy reconocidos por el Estado; tanto en la Carta de 1993, y no sólo a nivel Constitucional, sino también en el legal.

## CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

**"Artículo 2º** *Toda persona tiene derecho:*

**Num.2.** *A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de*

---

<sup>4</sup> TRAZEGNIES, Fernando de. "Postmodernidad y pluralismo jurídico". Lima 1994. En: ¿Qué modernidad deseamos?. Epígrafe S.A. Editores. pp.191-212. Editores: David Sobrevilla, y Pedro Belaúnde M.

<sup>5</sup> NEIRA, HUGO. "Hacia la tercera mitad". Perú XVI-XX. Ensayos de relectura heretica. Lima 1996. Fondo editorial SIDEA.

*origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de cualquier otra índole.*

**Num.19.** *A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.*

*Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen ese mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad"*

Afirma el derecho a la identidad propia de cada grupo, reconoce y protege la diversidad cultural y étnica. Debe concordarse con los Arts. 15º, 2º pfo. referido al derecho del Educando a una formación que respete su identidad, y 17º 4º pfo. que establece la educación bilingüe intercultural, de acuerdo a cada zona, preserva las diversas culturas y lenguas del país.

**"Artículo 149º** *Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no viole los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial por los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial".*

A las facultades otorgadas en este artículo se les otorga el carácter de jurisdicción especial. El Artículo 139º Inc.1 establece la exclusividad y unidad de la función jurisdiccional, de manera que a diferencia de Colombia, en el Perú no puede ejercerse jurisdicción independiente, ésta es ejercida por el Poder Judicial. Respecto al Poder Jurisdiccional, cabe dos interpretaciones del Artículo 149º. La primera que se trata de una ampliación de facultades por lo que el Poder Judicial no pierde jurisdicción (actúa como segunda instancia). Segunda, reconoce facultades en la administración de Justicia en la resolución de conflictos para pequeños problemas que afectan a la Comunidad, que por cuestiones de cuantía y otros límites no pueden resolverse en el Poder Judicial por no estar dentro de su jurisdicción.

## 9.4.- LA REPRESENTACIÓN FAMILIAR EN EL PLURALISMO JURÍDICO.

Los pensadores más representativos han dedicado sus reflexiones para el estudio de las Comunidades, una sana tradición intelectual que se remonta a las reflexiones de Don Manuel González Prada, y a este que dejará una estela de ideas en el firmamento peruano, le seguirán pensadores de la talla de José Carlos Mariátegui, Víctor Raúl Haya de la Torre, Víctor Andrés Belaunde, José de la Riva Agüero, Héctor Cornejo Chávez, más tarde hombres de la sensibilidad y el talento de José María Arguedas, o juristas de la talla del maestro del Derecho Registral Peruano Manuel Soria Alarcón, o juristas dedicados al estudio de la filosofía y la Historia como Fernando de Trazegnies Granda. Son estudios precursores. Esos alcances que nos dieron las personalidades mencionadas, se traducen en lo jurídico, lo que nos obliga a preguntarnos: ¿Y cuales son los casos de Representación de Derecho de Familia en el Pluralismo Jurídico? Creemos que esta aparece en muchas circunstancias, sin embargo mencionaremos dos situaciones:

### 9.4.1.- ¿QUÉ ES EL SERVINACUY?

*“El sirvinakuy”*, es un concepto de Derecho de Familia, que sin embargo genera mucha controversia, a tal punto que en opinión del maestro **Héctor Cornejo Chávez**:

**“En definitiva, parece no haber consenso en cuanto a determinar si el servinakuy es hoy una experiencia previa al matrimonio católico, o si, una vez cumplido, se hace permanente sin la formalización canónica ni civil, o si es, desde el inicio, un 'matrimonio sociológico o de Derecho consuetudinario' con vocación de permanencia indefinida”<sup>6</sup>.**

---

<sup>6</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano”. Lima 1998. Gaceta Jurídica. p. 80.

No obstante ello, el concubinato es una institución jurídica prematrimonial, y no se trata de un no 'matrimonio de prueba' como se le nombra vulgarmente, se encuentra muy arraigado en los departamentos de Ayacucho, Junín, Huánuco, Ancash y Huancavelica, consiste en que el hombre casadero toma una mujer, con conocimiento de sus padres y familiares, y convive con ella algunos meses o años.

Es una institución que la debemos diferenciar de otra muy parecida llamada warmichakuy. Refiriéndose, al warmichakuy, **Oscar Núñez del Prado** sostiene que es:

**"Aquél en el cual, con un ritual sencillo y algunas frases estereotipadas, se constituye la unión de la pareja conyugal; una unión que, siendo reconocida por la sociedad, garantiza la permanencia de ella, la colaboración económica de las partes, su cohabitación residencial y sexual, y las consecuencias vinculadas a la herencia y la filiación legítima, es decir constituye sociológicamente un matrimonio real y con todos los atributos para establecer una unidad intermediaria entre el individuo y la sociedad; sobre una base conyugal"**<sup>7</sup>.

**Alfonsina Barrionuevo**, ha dicho, por su parte, que:

**"El servinakuy es una institución de Derecho natural que se basa, en primer término, en un profundo respeto a sus normas, respaldada por el control de los mayores (la sociedad) cuya palabra todavía es ley en las comunidades de la cordillera; y en segundo término, es un orden de propósitos establecidos (...) No se trata de tomar a 'prueba' una mujer, con el solo fin de convivir con ella y apreciar sus cualidades físicas y espirituales. En el sirvinakuy también el hombre tiene que someterse a un análisis, a una crítica justa de su conducta, de su capacidad tanto para crear y conducir una familia, cuanto para demostrar que puede mantenerla ... Superado el año de prueba, con el esfuerzo y la buena *voluntad* de ambos, (es) ínfimo el número de parejas que se deshacen"**<sup>8</sup>.

El mayor investigador del Derecho de Familia fue sin duda el maestro Héctor Cornejo Chávez, y de la compilación realizada por su persona de las investigaciones del tema del servinakuy, concluye que son insuficientes, como consecuencia de lo cual no permitiría adoptar decisiones legislativas, consagrando una regulación jurídica a nivel del Derecho Positivo.

---

<sup>7</sup> NÚÑEZ DEL PRADO, Oscar. "El Hombre y la Familia: Su Matrimonio y Organización Político social en O'ero". Citado por CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit. p. 77.

<sup>8</sup> BARRIONUEVO, Alfonsina. "Sirvinakuy: el Matrimonio de Prueba". Citado por CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit. pp. 77-78.

El mismo maestro Cornejo Chávez, sin embargo también es claro en señalar y de cierta manera condenar la falta de un sincero compromiso de los Constituyentes, por esclarecer este tema de trascendental importancia, por cuanto en la Constitución de 1979, no acogieron su proposición, en el sentido de que el: *“Estado asumiera, por mandato constitucional, la tarea de propiciar el análisis exhaustivo del asunto para dictar en su oportunidad la legislación correspondiente”*. Por ello, es maestro del Derecho de Familia peruano es de la opinión que desde el punto de vista jurídico-legal, el problema del servinakuy queda exactamente en la misma situación que se arrastra desde la Colonia.

#### **9.4.2.- LA REPRESENTACIÓN EN EL SERVINACUY.**

Con las distancias del caso, en el servinakuy rigen ahora las reglas del matrimonio civil, y en cuanto a las reglas del ámbito patrimonial, son las que corresponderían a la sociedad de gananciales, en cuanto a las reglas que esta figura prescribe respecto de la representación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, el tema no es pacífico, el maestro **Héctor Cornejo Chávez**, es del siguiente criterio:

**“Difícilmente podría el Código Civil asimilar el servinakuy al matrimonio o incluirlo entre las formas de celebrarlo. Un paso importante hacia la formalización matrimonial de estas uniones lo da el artículo 262 del nuevo Código Civil, en cuanto extiende la facultad de tramitar y celebrar el matrimonio civil a comités especiales -formados por dos miembros de la colectividad y la autoridad educativa del lugar- en las comunidades campesinas y nativas”<sup>9</sup>.**

Por otro lado, **Aguilar Llanos**<sup>10</sup> si bien al abordar el estudio del servinakuy, titula “Servinakuy: Una forma de matrimonio andino”, como queriendo desarrollar el tema en el entendido de una institución de matrimonio andino, esto es una figura, una institución algo formal, orgánico, sin embargo en el desarrollo del análisis sigue la idea de **Juan Ossio**, un antropólogo, es decir:

<sup>9</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Ob. Cit. p. 80.

<sup>10</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La familia en el código civil peruano”. Lima 2010. Editorial San marcos E.I. R.L. Primera edición: febrero 2008. p. 37.

**“Servinakuy, no como un matrimonio a prueba sino según el concepto que le otorga Juan Ossio, resulta ser fuente de derechos y deberes no sólo para ellos, sino también para los hijos que sobrevengan y la comunidad entera. Sin embargo, resulta pertinente preguntarnos si el servinakuy podemos asimilado a la figura del concubinato”<sup>11</sup>.**

La respuesta a la pregunta que se formula el especialista nacional, es que el servinakuy no podría considerarse como concubinato regular, por cuanto muchas veces no responde a la voluntad propia de la pareja, como también el requisito de la edad no le acompaña.

Y es que tenemos una realidad que nos impone un cuadro al mismo tiempo incompleto, incoherente, superficial y angosto, sobre cuya base no es posible diseñar una política legislativa y fijar un tratamiento jurídico-legal adecuado; además con la presencia significativa de factores ancestrales, educativos, geográficos, económicos y jurídicos que contribuyen si bien es cierto a su persistente presencia, no obstante carecemos de un esfuerzo sistemático para allegar información más completa y detallada, para someterla a una apreciación crítica, para integrar orgánicamente los elementos en un cuerpo de Derecho Positivo.

#### **9.4.3.- RIMAYKUKUY.**

El escritor José María Arguedas (1989), magistralmente relata el Rito del matrimonio, llamado ***Rimaykukuy***, el cuál ocurre como todo un rito andino que se inicia cuando el joven que ha elegido a su sipas, y decide hablar con el padre de la elegida, pero no puede ir solo, porque no tiene capacidad, para ello debe pedir la "protección" de alguna persona mayor de "respeto", o el de su patrón; es decir hará la petición de mano a través de un representante, que es representante por que acude este representante ante incapacidad de su representado como se ha señalado.

Entonces el pretendiente visita, al atardecer la casa de su futuro suegro, acompañado de algunos de sus parientes y del "mayor" que hablará por él.

---

<sup>11</sup> AGUILAR LLANOS, Benjamín. Ob. Cit. p. 38

Van llevando un buen presente de coca y de aguardiente. El padre de la sipas, comprendiendo la intención de la comitiva inmediatamente, se mostrará severo y enojado, contra los solicitantes, en un inicio.

El padre indica que aquí no hay motivo alguno para tomar y ser agasajado. Nadie en esta choza quiere ahora beber ni chaqchar coca por razones de convites, mientras habla va agriando más su expresión; mira con ojos casi enfurecidos a sus visitantes. Mientras tanto, el pretendiente se refugia en el rincón más oscuro de la choza, con el brazo caído y cabizbajo, en la actitud más humilde; no se atreverá a nada y escucha, como un niño sorprendido. Cuando el padre de la sipas ha concluido el "mayor" explica en tono humildísimo y muy respetuoso el objeto de la visita, y hace la petición de la sipas, explicando que ya ella puede formar el "cimiento" de una casa, y que el wayna, por quien habla, la quiere para esposa, y tiene cuales y tales virtudes que garantizan la seguridad de que será un buen marido, ya lo verá.

Ante dicha petición, el padre levanta aún más la voz, y con tono despectivo comenta los defectos del pretendiente, esta parte del ***Rimaykukuy*** es ineludible. El pretendiente no interviene durante todo este diálogo, y mucho menos cuando el futuro suegro como refutando al solicitante, se refiere a las debilidades y a las faltas del wayna. Cuando el padre ha concluido de objetar al wayna, el "mayor", es decir el representante solicita que ponga a prueba al wayna. El padre debe aceptar. Y entonces el "mayor" saca el cañazo y la coca, y también el pretendiente puede saludar al suegro, y lo hace inclinándose ante él casi hasta el suelo, muy respetuosamente

Durante el tiempo de prueba el wayna es un verdadero peón de su futuro suegro, la prueba dura muchos meses. La prueba es, pues, directa; él es quien lo experimenta y lo observa, en todas las faenas que realice el suegro, el pretendiente será siempre "collana", es decir, el primero en levantarse, a las cuatro de la mañana, mucho antes del amanecer, el wayna ya estará trabajando en la casa de su suegro. Concluido el período de la prueba, vuelve el wayna y todos los que acompañaron en la primera visita a la casa de sipas. Esta vez todo es distinto, ha demostrado méritos, el padre de la



sipas ha quedado convencido y que no hay motivo para entrar humilde y avergonzado, se dice.

Entonces el Wayna y sus acompañantes entran a la casa de la sipas con toda desenvoltura y confianza. Saludan alegremente al dueño de casa, sirven el cañazo, reparten la coca entre todos los presentes. A la hora oportuna; el “mayor”, se refiere a la prueba, y señala que esta vez tuvo razón al ponderar las virtudes del wayna, y ruega su consentimiento para el matrimonio. El padre acepta. El “mayor” abraza al padre, y a todos con sumo cariño, especialmente al padre y al futuro yerno, ese día el wayna puede llevarse ya a la sipas. Entonces empieza el “sirvinakuy”, hasta el día del matrimonio legal a llevarse a cabo.

## **CAPÍTULO X**

# **LA REPRESENTACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA PERUANO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL**

### **10.1.- LA JURISPRUDENCIA.**

En el caso del Poder Judicial peruano estamos hablando de las resoluciones de la Corte Suprema, lo que interesa en la jurisprudencia son los fundamentos y los fallos, el contenido jurídico de la resolución. Es claro que a la fecha la Corte Suprema ha convocado a tres Plenos Casatorios (Código Procesal Civil, Artículo 400º). Pese a que el supuesto normativo para ello se ha presentado innumerables veces, en la medida que se conoce que las Salas han interpretado o aplicado una determinada norma en sentido distinto una de otra. Uno de los Plenos Casatorios Civiles ha sido publicado, respecto al tema de la Transacción Extrajudicial; siendo el otro pleno respecto al tema de la Prescripción Adquisitiva de Dominio, a la fecha publicado. Y un tercero referido a Divorcio. Es el fallo de la justicia que constituye antecedente, de fallos futuros en casos análogos. Se trata de las resoluciones del organismo jurisdiccional de mayor rango.

La función uniformadora las tienen los Plenos Jurisdiccionales. Sus objetivos son: 1) Reducir el margen de inseguridad jurídica. 2) Mejorar calidad de las resoluciones. 3) Evitar fallos contradictorios. Sin embargo, debe ordenarse el marco legal que regula la fuerza vinculante de la Jurisprudencia: Pleno Casatorio del Artículo 400 del C.P.C.; Artículo 22 de la L.O.P.J.; y Artículo 116 de la L.O.P.J. Además es importante recordar que a la fecha se han realizado Plenos Jurisdiccionales (de Vocales Superiores), en muchos departamentos del

país. Sin embargo, no se cuenta con una publicación de las conclusiones sobre los temas tratados, evidenciándose la indiferencia que se le otorga a la Jurisprudencia peruana.

## **10.2.- REFERENCIA HISTÓRICA DE LA JURISPRUDENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL PERUANO.**

Luego del proceso independentista los libertadores, sensibles a su tiempo, como en el resto de países de América, buscaron aplicar el paradigma moderno de Estado y Derecho. Estado con tres poderes; acorazando la figura del Juez, por el Principio de Independencia. Concibiendo el Derecho Moderno en base a Códigos. ¿Cómo lo hicieron? Lo realizaron de la manera más seria, técnica y profesional posible, a través del hombre más capaz de aquellos tiempos, conforme a las exigencias de la sagrada misión correspondiente.

Fue nada menos que Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, el encargado de ejecutar la formación, creación, del Poder Judicial del Estado Peruano Independiente, como primer Presidente republicano de la Corte Suprema, personaje quien antes había sido Oidor del sistema de justicia español en la Audiencia del Cuzco, y además autor del Libro “El Plan del Perú”, texto compuesto por 16 capítulos y dividido en tres ejes temáticos, el primero referido a la problemática de las autoridades e instituciones políticas coloniales; el otro referido a problemas religiosos, y el último ligado a las crisis económicas que produjeron las reformas borbónicas, incluido aquí un capítulo referido a la esclavitud; escrito en 1810 y publicado en 1823 en Filadelfia. El crítico del sistema colonial Vidaurre y Encalada, jurista de nota que años antes había sido condenado por la Inquisición en 1806 por su espíritu vehemente y contestatario, tendrá a su cargo la organización judicial del nuevo Estado. Ejerciendo además la Presidencia de la Corte Suprema en períodos intermitentes. Meses después de instalar la Corte Suprema, en junio de 1825, Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada, fue designado Plenipotenciario del Perú ante el Congreso de Panamá, debiendo abandonar dicho cargo. Luego

retomaría su cargo de Vocal de la Corte Suprema en 1830 hasta 1832. En 1834 volvió a ejercer la Presidencia, por última vez. Carlos Ramos Nuñez, opina de Vidaurre así:

**“En el plano de la producción jurídica, estamos virtualmente ante el primer codificador americano que decide apartarse del modelo legislativo napoleónico. ... Ciertamente sin el mismo criterio sistemático, sin la misma racionalidad legislativa de sus pares latinoamericanos, como Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas y Dalmacio Vèlez Sàrsfield, pero si con el mismo entusiasmo por la codificación y con una rica cultura humanística que no sufre con la comparación”<sup>1</sup>**

El Primer entusiasmo democrático se pierde, el Nuevo Estado carente de protagonistas colectivos, y de una sociedad civil. Como compensación surge el Caudillismo militar, su actitud empata con el romanticismo patriotero. El caudillismo militar no es en el naciente Estado Peruano una representación política arbitraria que produce la gesta de la independencia, es una Estructura Política Funcional. Es la presencia Estatal en la sociedad, basado en el poder institucionalizado, desarrollado por el heroísmo de los generales de la independencia. El Estado Colonial Español Borbónico no fue cambiado por un Estado Moderno. Es común creer que las instituciones liberales eran desconocidas en nuestra América, sin embargo su repetida invocación y el uso de sus instituciones en los primeros años de los Estados Sur Americanos Independientes, demuestran lo contrario.

En el Estatuto Provisorio de 1821, **San Martín**, refiere: **“Administraré el poder directivo del Estado, cuyas atribuciones sin ser las mismas, son análogas a las del Poder Legislativo y Ejecutivo. Pero me abstendré de mezclarme jamás en el solemne ejercicio de las funciones judiciales, porque su independencia es la única y verdadera salvaguarda de la libertad del pueblo”**

En el preámbulo de la Constitución Vitalicia de 1826, **Bolívar** dice: **“El Poder Judicial contiene la medida del bien o del mal de los ciudadanos y si hay justicia en la República, es distribuida por este Poder”**.

---

<sup>1</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX”. El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre”. Lima 2000. Fondo Editorial PUC. p. 163.

Representa legítimamente el paradigma del Juez en el Perú, **Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada**, fue quien propuso el primer Código Civil peruano, además de otros Códigos importantes para la vida de la República. Es de gran importancia resaltar la figura heroica del Primer Magistrado de nuestro Estado Independiente sin embargo la Historia, ha sido mezquina con las calidades intelectuales de quienes debían sentar la Jurisprudencia en el Perú.

**En el Perú** el origen constitucional de la casación, es tardío, lo encontramos recién en el artículo 241º de la Constitución Política de 1979, que preceptuaba lo siguiente: “Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala”. La vigente *Constitución de 1993* en su artículo 141º estatuye como principio que “corresponde a la Corte Suprema fallar en casación (...)”; por otro lado consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en el numeral 3 del artículo 139º.

Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Decreto Legislativo N° 767 a comienzos del 1992 entró en vigencia. Esta norma de organización judicial estableció la competencia de las Salas de la Corte Suprema para conocer los procesos en casación, entre otras funciones.

Esta figura jurídica en materia civil se conoce desde el Código de Enjuiciamiento de 1852 que lo denomina recurso extraordinario de nulidad y que lo reguló atendiendo los rasgos más esenciales que la tipifican, estableciendo que su procedencia responde a causales que deberán ser sustentadas de manera clara y precisa, además señala que la parte impugnante precisará la naturaleza del vicio o error cometido; lo singular es que concedió a la Corte Suprema la facultad de resolver el fondo en los casos de error material, lo que significó una impecable aplicación del principio de economía procesal. Además, esta norma nacional eliminó el reenvío en los casos que la sentencia impugnada afectara la ley material.

En el Perú con la dación del Código Procesal Civil, que entró en vigencia el 28 de julio de 1993, se implantó finalmente el recurso de casación civil en su concepción actual, aun cuando la Constitución actual adquirió vigencia desde

diciembre de 1993, es decir, con posterioridad a la vigencia del Código de Procesal Civil, la situamos como antecedente de éste, en tanto sólo constituye la ratificación de lo que sobre la materia había prescrito la Constitución de 1979.

El medio impugnativo se estableció rigurosamente sujeto al control de la legalidad de las resoluciones cuestionables en casación, es decir, con el propósito de vigilar la correcta aplicación de la norma de derecho material de la doctrina jurisprudencial, y de la norma de derecho procesal. El recurso se consagró sólo para cumplir su finalidad nomofiláctica, orientado por la corriente doctrinaria ortodoxa o pura en materia de casación. Para el doctor Carrión Lugo, el sistema casatorio implantado por nuestro ordenamiento jurídico es netamente jurisdiccional

Fue excesivamente rigurosa la aplicación en los primeros años , no sólo en el control del cumplimiento ineludible de los requisitos de admisibilidad, sino también del cumplimiento de los requisitos de procedencia, que tienen que ver con la invocación de las causales del recurso, que en la Ley Procesal de Trabajo se encontraban precisados taxativamente con indicación incluso de la forma como deben fundamentarse.

Es que al haber desaparecido el recurso de nulidad, previsto por el derogado Código de Procedimientos Civiles, en la Salas de Casación en lo Civil, se produjeron verdaderas avalanchas de recursos de casación, muchos de ellos deficientemente propuestos, por lo que los jueces en casación se dispusieron a ser rigurosos en su calificación como una manera también de enfrentar la excesiva carga procesal. El riguroso control se basaba en la aplicación del texto expreso en la ley, tanto de la procesal como de la matriz, tal es así que la interpretación literal de la norma se constituía en la mejor herramienta para resolver el recurso. Concientes de esta realidad, el Legislador enfrenta el problema por Ley N° 29364, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de mayo de 2009, reformulando el recurso de casación, a través de la modificación de los artículos 384°, 386°, 387°, 388°, 391, 392°, 393°, 394°, 396°, 400°, 401°, 403° y 511° del Código Procesal Civil, y la incorporación del artículo 392°-A en

dicho cuerpo normativo; en la exposición de motivos del proyecto de Ley que sustentará la norma, se habría pretendido restringir el uso de la Casación como un medio impugnatorio ordinario, para evitar uso dilatorio de procesos, forzando a la Corte Suprema actuar como un órgano de revisión, o una tercera instancia, cuando su excepcionalidad es la finalidad.

### 10.3. LA CASACIÓN.-

#### 10.3.1. CONCEPTO.-

La etimología de la palabra “casación” está en el verbo latino **cassare** que significa “quebrar”, “anular”, “destruir”, y en sentido figurado equivale a derogar, abrogar, deshacer. En sentido más restringido y de acuerdo a los usos forenses “casar” significa “anular”, invalidar dejar sin efecto. Se llama Jurisprudencia Casatoria, la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema.

El maestro CARRIÓN LUGO señala:

“El recurso de Casación es de carácter extraordinario, en el sentido que propicia el juzgamiento de las resoluciones que emiten las salas civiles superiores para verificar si en ellas se han aplicado correctamente o no las normas positivas en materia civil y, en su caso, hacer las correcciones pertinentes. El recurso es formal, en cuanto a que para su planteamiento el código establece con detalle no sólo los requisitos de admisibilidad o de procedencia, señalando las causales que puedan invocarse por el proponente, sino también señala la forma cómo en cada caso debe fundamentarse el recurso, de modo que el debate central en casación se circunscribe alrededor de la causal por la cual la sala de casación ha declarado su procedencia y la decisión correspondiente no puede apartarse de ese parámetro.”<sup>2</sup>

Por su parte ARIANO respecto a la casación refiere que:

**“El recurso de casación vino a sustituir a nuestro casi secular recurso de nulidad, que era hasta antes de 1993 el medio para llegar al órgano cúspide de nuestro sistema judicial: la Corte Suprema de Justicia (...) que lo fue para lograr la nomofilaquia y la unificación de la jurisprudencia nacional”**<sup>3</sup>

MONROY GÁLVEZ sobre la casación indica:

“En el Perú es una institución novedosa y casi inédita. Es un recurso, por lo tanto participa de todos los elementos comunes a éste, sin embargo el recurso de

<sup>2</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Vol. II, Editorial Jurídica Grijley, Lima –Perú, 2000-B, pp. 196 y 197.

<sup>3</sup> ARIANO DEHO, Eugenia. “Problemas del Proceso Civil”. Jurista Editores, Lima 2003, p. 250.

casación perfila sus rasgos propios a partir de sus fines, que son totalmente distintos a cualquier otro recurso que se conozca”<sup>4</sup>

### 10.3.2. CARACTERÍSTICAS.-

En relación a las características de la Casación, son las siguientes:

**a) Público,** puesto que los pronunciamientos emitidos por las salas no interesan sólo a las partes involucradas directamente, sino también a la sociedad misma.

**b) Extraordinario,** dado que, es excepcional, se interpone en causales expresamente señaladas en la ley, (numerus clausus). Procede contra las sentencias de mérito y, excepcionalmente, contra los autos que en revisión ponen fin al proceso expedidas por las salas.

**c) Evaluado en el Órgano Resolutorio de Mayor Jerarquía,** Este medio impugnatorio obliga a que sea encargado a la más alta jerarquía jurisdiccional, en el caso peruano en la Corte Suprema de Justicia, por su función unificadora,

**d) Formalista,** dado que su admisión y procedencia se encuentran subordinado a la observancia de determinados requisitos, los cuales son más estrictos en comparación a otros medios impugnatorios.

**e) Se Concede con Efecto Suspensivo;** Pues admitido el recurso se suspende la eficacia de la resolución impugnada hasta que el órgano de casación se pronuncie sobre el mismo. No darle este efecto al recurso, es la tendencia de la legislación comparada.

**f) Versa sobre aspectos jurídicos y no sobre aspectos fácticos,** es difícil establecer cómo fueron vistos ambos aspectos en la práctica, lo importante

---

<sup>4</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan F. “La Formación del Proceso Civil Peruano”. Editorial Palestra, 2da. Edición, Lima 2004. p. 251.



es que el tribunal de casación no modifica las conclusiones que de los hechos ha establecido el juez de las inferiores instancias.

**g) No actúa como Tercera Instancia**, en razón que el magistrado solamente puede efectuar el análisis de las causales que el recurrente expresamente menciona en su recurso, y siempre que estas causales sean formulados con observancia de los requisitos exigidos por ley señalada.

### **10.3.3. FINALIDAD DE LA CASACIÓN.**

Los autores al abordar sobre la finalidad, lo consideran también como funciones. Para entender la estructura y la importancia del recurso de casación es necesario estudiar sus fines.

Inicialmente en el artículo 384° del Código Procesal Civil, derogado señalaba como fines esenciales de la casación los siguientes:

- 1) La correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo.
- 2) La unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.
- 3) En los casos previstos en la Ley General de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros según Segunda disposición modificatoria de la nueva Ley de arbitraje, de junio del 2008.

Como puede apreciarse, la norma derogada consagraba las funciones tradicionales de la casación que la doctrina conoce como funciones nomofiláctica, contralora y uniformadora, de la jurisprudencia, con la modificación, el artículo 384° vigente, establece como fines de la casación:

- 1) La adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, y
- 2) La uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

La norma vigente introduce una modificación sustancial a la Casación, toda vez que al referirse a la **adecuada aplicación** del derecho objetivo **al caso concreto**, se consagra la función dikelógica (búsqueda de justicia en el caso concreto), un objetivo jurisdiccional.

Según la doctrina las **finalidades de la casación son:**

**a) Función Nomofiláctica.** Etimológicamente proviene de dos palabras griegas, *nomos* y *phylasseo*. La primera significa ley y la segunda guardar o cuidar. Puesto que la función del Estado es cuidar la vigencia del ordenamiento legal, concede a una de sus expresiones más auténticas, el Poder Judicial, la función de cuidar la ley, entendiéndola en su sentido general. Sin embargo, dado que el juez es la persona u órgano que instrumenta el cumplimiento de la ley por parte de los ciudadanos, es indispensable que el Estado cuente con un medio de asegurar que los jueces cumplan con su función, es decir, que apliquen correctamente la ley. No cabría la interposición del recurso de casación basado en la infracción de normas de derecho adjetivo o procesal; aunque la Corte Suprema en contadas excepciones se ha venido pronunciando sobre el fondo sustentando su resolución en la violación o infracción al debido proceso dentro del caso concreto.

En relación a la función de la casación, el maestro sanmarquino José Antonio Silva Vallejo, señala:

**“ La Casación cuida la vigencia del ordenamiento legal enseñando a todos los órganos jurisdiccionales como debe ser la correcta aplicación y la interpretación de la norma jurídica”<sup>5</sup>.**

**b) Función Uniformadora.** Se encuentra orientada a conformar unidad jurídica, y a garantizar el principio de igualdad ante la ley; es decir, que se tienda a una aplicación e interpretación de la norma jurídica común en todo el territorio nacional, toda vez que siendo las leyes abstractas y generales, es factible obtener una interpretación unificada que tenga efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía. Unificar la jurisprudencia nacional es la finalidad principal de la casación.

---

<sup>5</sup> SILVA VALLEJO, José Antonio. “El Recurso de Casación: Análisis y Contenido”. En: [www.amag.edu.pe/docs/Silva](http://www.amag.edu.pe/docs/Silva).

**c) Función dikelógica.** Para HITTERS, la función dikelógica apunta a la “justicia del caso”<sup>6</sup>, se pregunta si ¿Las tareas de control del derecho objetivo y de unificación, son las que justifican su existencia?. Afirmo que es necesario la finalidad trifásica de la casación, donde se busca el control nomofiláctico, la uniformadora de la jurisprudencia, y la justicia del caso: “función dikelógica”, teniendo en cuenta que el organismo que la resuelve pertenece al poder judicial, y cumple funciones jurisdiccionales. Al analizar el modelo casatorio español, distinto al modelo francés, advertimos que, las finalidades nomofiláctica y dikelógica del instituto no son incompatibles. En este sentido afirmamos que si la casación procura el cumplimiento del ordenamiento jurídico, significa también analizar la motivación de la sentencia, y con ello corregir los errores incurridos, procurando un juicio justo.

**d) Función Pedagógica.** Está directamente relacionada con las publicaciones efectuadas de las resoluciones casatorias en el diario oficial nacional y está dirigida a los potenciales usuarios del servicio judicial, pues ellos a partir del conocimiento de las resoluciones podrán apreciar cuál es el sentido y/o la forma en que debe interpretarse o aplicarse determinada norma jurídica, y, consecuentemente, sabrán en qué casos corresponden recurrir al Poder Judicial o de lo contrario no recurrir.

**e) Función Contralora, o del Control de Logicidad de la motivación de las resoluciones judiciales.** La falta o deficiente fundamentación jurídica (carencia, deficiencia, insuficiencia, contradicción interna o apariencia de motivación) puede ocasionar incongruencias entre la parte considerativa y resolutive de las resoluciones judiciales, produciéndose errores en el razonamiento judicial lo que en la doctrina se conocen como errores ius cogitando. El Juez debe y tiene la obligación de motivar y verificar la coherencia interna de sus fallos. La motivación de las resoluciones judiciales, con mención expresa de los fundamentos de hecho y derecho, constituyen

---

<sup>6</sup> HITTERS, Juan Carlos. “La Casación Civil en El Perú”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal, Volumen II, Industrial Gráfica, p. 438.

garantía de la administración de justicia y a la vez un requisito esencial e ineludible de la presencia y observancia del debido proceso como principio.

### **13.3.4.- MODALIDADES DE CASACIÓN.**

Según la doctrina existen dos modalidades; la primera casación por salto y la segunda, la casación por interés de la ley.

#### **13.3.4.1.- CASACIÓN POR SALTO.**

Cuando las partes, de común acuerdo, recurren en casación las sentencias de primera instancia, elevándose directamente el proceso a la Corte de Casación, sin pasar por los órganos judiciales intermedios (Corte Superior), se omite interponer el recurso de apelación (Artículo 389º C.P.C., derogado). En la actualidad en el Perú, ha sido derogado, la norma que permitía la casación por salto, por tanto la casación por salto ya no existe en el Perú .

#### **13.3.4.2.- CASACIÓN POR INTERÉS DE LA LEY.**

Esta institución se explica así: El Ministerio Público está facultado para interponerlo en cualquier proceso, aun cuando no haya sido parte en él ni cuando la parte legitimada no lo haya interpuesto. Es decir, actúa incluso en contra del interés privado (de allí el nombre de interés de la ley). Cuando el Ministerio Público detecta la existencia de una sentencia que viola flagrantemente la ley, la puede impugnar en casación, no para quitarle el valor de cosa juzgado (por no haberse interpuesto recurso por la parte) sino para evitar que tenga el valor de precedente. Es decir, el fallo casatorio que se produzca no tendría valor para las partes litigantes, quienes se someten a la decisión que tiene calidad de cosa juzgada, sino que servirá para sacar del catálogo de precedentes jurisprudenciales. No se ha regulado por haber caído en desprestigio. Hay una especie de desuso en las pocas legislaciones que la regulan.

#### **10.4. LA CASACIÓN EN EL PERÚ ACTUAL.-**

En el Perú, la casación está confiada a la Corte Suprema, y como veremos, no es nada auspicioso el desenvolvimiento de la misma, se verifican problemas. Uno de los elementos centrales para una Administración de Justicia de calidad, es tener una Corte Suprema acorde con las exigencias del tiempo. Pues, seguidamente señalaremos los problemas principales de la casación:

##### **a) Desfase de la Casación Ortodoxa.**

La Casación es un recurso extraordinario donde no se evalúa los hechos, versando su estudio sobre el derecho lesionado, no respecto a los hechos alegados en la demanda, ni a las pruebas aportadas, porque se supone que fueron revisadas en las instancias precedentes. La *quastio iuris* (cuestión de derecho) no es posible desligarla del *quastio factis* (cuestión de hecho), es decir, lo jurídico no puede desligarse de los hechos, por cuanto los hechos están relacionados con lo jurídico. El supuesto de hecho es un elemento intrínseco de la estructura de la norma jurídica. La casación no debería ser un recurso que versa solo sobre aspectos jurídicos, si no también sobre aspectos fácticos, cumpliendo así todos los fines de la casación establecidos por la doctrina, cumpliendo con las garantías de la administración de justicia, específicamente la observancia del debido proceso, y con ello estando a la mano con el Estado Constitucional de Derecho propiamente.

Se sabe que la casación tiene su origen en Francia en el S. XVIII, en la cual un órgano político controlaba la labor de los jueces en la aplicación de la ley por cuanto respondía en esencia a la teoría predominante en esa época, la Teoría del Estado de Derecho, en la cual “el juez era la boca de la ley”, no se permitía que el juez pueda interpretar o aplicar el derecho fuera del esquema o parámetros de la ley. Actualmente la teoría predominante es el Estado Constitucional, los hechos jurídicos, no se interpretan o se limitan solo en la ley, sino se va más allá, a la Constitución. Entonces, en el Perú, dejar que nuestra Corte Suprema controle a los jueces para que apliquen debidamente la ley, es en sí un control insuficiente; la institución procesal entendida como tal, está desfasada en la actualidad.

**b) En vez de definir y ubicarse en las funciones la Corte Suprema, se queda solo en los fines retóricos.**

En materia de Casación civil la Corte Suprema se ha dedicado a su tarea de cumplir idealmente los fines de la casación. Se ha olvidado que su principal tarea es establecer las funciones que este órgano supremo debe tener, más cuando el fin nomofiláctico se ha insertado en la norma procesal civil a través de la aplicación de las causales de los recursos de casación. Esto es, de una manera desordenada sin haber realizado una evaluación profunda sobre la naturaleza de la institución en sí, cómo se ha estado desarrollando desde su origen y el sentido actual que ha adquirido.

**c) Falta de Uniformización Jurisprudencial.**

La Corte Suprema, como órgano jurisdiccional, debe ser el primero que debe poner orden para la buena marcha de esta institución procesal, sin embargo es el primero en crear desorden, al permitir que las Salas de la Suprema expidan pronunciamientos sobre un mismo tema, resultando ser totalmente contradictorios. Por tanto, la Corte Suprema de la República debe ser protagonista y tener pronunciamiento uniforme en sus fallos. En años de vigencia de la Casación Civil en el Perú, a la fecha no existe una uniformización jurisprudencial a través de la Casación en la cual se hayan expedido por plenos casatorios conforme lo establece el Artículo 400° del Código Procesal Civil; esta situación ha creado un desconcierto, por cuanto la misma Corte Suprema no esta cumpliendo con los fines del recurso.

En un Estado Constitucional debe tener presente que la interpretación es fundamental, los métodos de interpretación, en general, son útiles para encontrar los argumentos, y sustentar una decisión. Todos los métodos contribuyen a resolver conflictos; nos brindan argumentos para justificar una decisión razonable, socialmente aceptable y justa. La relación *norma-caso* es fundamental, la interpretación debe relacionar estos dos aspectos, la ley y el caso concreto. La ley y la realidad. La Casación en consecuencia debe responder a un Estado Constitucional, lo que implica que el razonamiento sea prevalentemente constitucional, por lo que el intérprete constitucional debe ser

convinciente con su decisión; eliminándose con ello el criterio discrecional, que se movía en un plano meramente subjetivo por estar estrecha a la opinión que se formaba el intérprete; más no respondía a una práctica de razonamiento en base a principios supremos, y así ser considerada la Casación como verdadero recurso. La Corte Suprema de la República no solo debe cumplir el control nomofilático de la ley, sino también ampliarlo al control de la Constitución. En un Estado Constitucional, es importante la actuación de un juez, por cuanto si bien la norma es una propuesta del legislador, su contenido tiene que ser aplicado por el juzgador, cuando resuelve un caso concreto.

## **10.5. REFERENCIA HISTÓRICA DE LA JURISPRUDENCIA CASATORIA EN EL DERECHO COMPARADO.**

En cuanto a las referencias más importantes tenemos:

### **10.5.1. LOS ORÍGENES EN FRANCIA.-**

Según el gran procesalista italiano Piero Calamandrei, este instituto surgió por el influjo innovador de las ideologías revolucionarias de Francia, señalando lo siguiente:

**“El Tribunal de Casación nació precisamente, con el objeto de impedir que el poder público se salga del propio dominio; pues su control, en lugar de extenderse a las relaciones entre los tres poderes de todos los campos de la constitución, se limite a las relaciones que tienen lugar entre dos de estos poderes, el legislativo y el judicial (...). El Tribunal de Casación nace, pues, como un órgano de control destinado a vigilar que el Poder Judicial no viole, en daño del Poder Legislativo, el canon fundamental de la separación de los poderes”<sup>7</sup>.**

Durante la Revolución Francesa la ‘demande en cassation’ se consolida, transformándola ahora en un elemento para la defensa de la ley contra las transgresiones de los jueces, surgiendo bajo este contexto social el “Tribunal de Cassation”, mediante Decretos del 27 de noviembre y 1º de diciembre de 1790, época de desconfianza contra los jueces<sup>8</sup> profundamente.

<sup>7</sup> CALAMANDREI, Piero, citado por Carrión Lugo en: “El Recurso de Casación en el Perú”, Editorial Grijley, Lima 2003. p. 11.

<sup>8</sup> Robespierre quien menospreciaba la labor del juez señalando: “El legislador es un mundo; el juez un grano de arena. El legislador tiene todos los atributos y todos los fueros de mando; el juez es un mecanismo de obediencia”.

En otra obra dedicada a la historia y legislación de la casación, Piero Calamandrei sostiene:

“Si el movimiento legislativo en torno a la Casación perdura sin interrupción durante la Revolución y durante el Imperio, y no se cierra nunca definitivamente tampoco bajo la Restauración, la formulación de las normas que debían consagrar las líneas características del instituto se remonta a aquellos años 1789 y 1790, que representan en todos los campos el período más fecundo de la obra revolucionaria: y la creación del *Tribunal de cassation*”<sup>9</sup>.

Era un órgano político, implementado por el Poder Legislativo con la única función de “anular toda sentencia que contenga una contravención expresa al texto de la ley (artículo 3º), el Tribunal de Cassation. Desde su nacimiento se prohibía conocer el fondo del asunto, por ello no motivaba sus resoluciones, y reenviaba la causa a nuevo juez, para que dictara la nueva sentencia, que podía volver a ser llevada al Tribunal de cassation para que fuera casada otra vez. En caso de haberse dictado de nuevo la sentencia con el mismo contenido. De presentarse la situación, sólo a la tercera vez, el caso no era llevado al Tribunal de cassation, sino directamente al Legislativo que emitía un décret declaratoire dando o quitando la razón al Tribunal de cassation. Pues, en la génesis del Tribunal de Cassation, debe resaltarse los largos días de debate y polémica, como bien lo dice Piero Calamandrei:

“El decreto de 12 de agosto, tan importante para la historia del Tribunal de casación 19, hizo así necesaria la elaboración de un último proyecto de ley, el cual, presentado a la Asamblea en la sesión del 25 de octubre de 1790 20, se convirtió, a través de las discusiones de los días 10, 11, 17, 18 y 21 de noviembre de 1790 21, en el decreto del 27 de noviembre - 19 de diciembre de 1790 22, esto es, en el texto de derecho positivo que refleja en la forma más genuina la originaria concepción que del *Tribunal de cassation* tuvieron sus fundadores. Con este decreto la génesis del *Tribunal de cassation* puede considerarse acabada”<sup>10</sup>,

En el año 1804 el Tribunal de Cassation concluiría sus labores, cuando a través del senado consulto de 28 de Floreal del año XII (18 de mayo de 1804), dentro del marco de la transformación política y administrativa que trajo la creación del Imperio, el Tribunal pasa a denominarse Cour de cassation, reconociendo el carácter jurisdiccional que fue ganando en la práctica,

<sup>9</sup> CALAMANDREI, Piero. “La Casacion Civil. Historia y Legislaciones”. Buenos Aires 1945. Editorial Bibliografica Argentina. Tomo I. Volumen II. p. 36.

<sup>10</sup> CALAMANDREI, Piero. Ob. Cit. p. 38.



mediante la ampliación progresiva de la misión casacional, pasando de una mera anulación de la sentencia contraria a la ley, al comienzo de la elaboración de una jurisprudencia, vigilando que la jurisdicción no sobrepasara por vía de interpretación la función que tenía en ese entonces de simple aplicador de la ley, como el “juez boca de la ley”.

Es con la revolución francesa que la Corte de Casación se convierte propiamente en la imagen patriarcal de los diversos modelos de casación que tenemos en el mundo, sin embargo en el Conseil de Parties, encontraremos el antecedente de la Corte de Casación, bajo el ancien regime. Es importante considerar que la casación engloba cuatro elementos conceptuales que integran un solo conjunto<sup>11</sup>, a saber:

**1°** Recurso extraordinario que se denomina recurso de casación.

**2°** Órgano judicial supremo, que se constituye en el vértice de la gran pirámide judicial: la Corte de Casación.

**3°** Procedimiento sui generis, generado por el recurso de casación y que se tramita con arreglo a la ley material: el procedimiento de casación.

**4°** Función sui géneris, clásicamente denominada como función de nomofilaquia judicial, que consiste en la unificación de la jurisprudencia suprema con arreglo a los principios doctrinarios sustentados por la Corte de Casación en sus fallos. Inherente a toda estructura pluridimensional función de índole hermenéutico- política.

Este sistema francés sin embargo ha sufrido evolución<sup>12</sup> desde la época de su nacimiento, por las introducciones realizadas por las leyes de 1967 y luego en el Código de Procedimientos modificado en el año 1976. En la actualidad hay una cierta limitación al reenvío. De tal manera que si la corte de casación

---

<sup>11</sup> Enfoque tetradimensional planteado por Calamandrei. Véase obra de Juan Carlos Lozano Bambarén *Recurso de Casación Civil*, Editorial Grijley, Lima 2005, p. 3 y siguientes.

<sup>12</sup> Vescovi, Enrique. “El Recurso de Casación”. Montevideo, Ediciones IDEA. 1996, p. 17.

casa y reenvía y el segundo tribunal insiste en la misma sentencia anulada, o la Corte falla sin reenvío dictando su propia sentencia, en ciertos casos, el tercer tribunal tiene que fallar conforme a la tesis de la Corte. Además ahora existe la posibilidad de la ejecución de la sentencia pese a la interposición del recurso de casación, en consecuencia, deja de tener efectos suspensivos como antes.

### **10.5.2. CASACIÓN EN LA ÉPOCA PRESENTE.**

**ITALIA.-** Está prescrito la casación en el Código de Procedimiento Civil, establecido como un recurso extraordinario contra las sentencias definitivas o interlocutorias, procede contra las sentencias de segunda instancia, pero las partes pueden convenir la apelación e ir directamente a la casación “per saltum”, tipo de casación que también lo regulaba el Perú.

**ALEMANIA.-** Se le conoce con el nombre de REVISIÓN; la casación constituye un factor de la unidad nacional en estos últimos años se ha establecido criterio de selección de los casos que tengan importancia fundamental en el tema debatido, sigue los mismos lineamientos de la casación francesa, aunque con limitaciones en materia de reenvío; también admite la casación por salto.

**ESPAÑA.-** Se establece dos tipos de causales del recurso de casación, que en lo sustancial ha sido heredado por la legislación latinoamericana, en su concepción contemporánea. Por un lado, se concibe como causal la violación o la infracción de la ley y la doctrina legal, donde se controla la labor de aplicación y de interpretación de las normas jurídicas ejercidas por los organismos de instancia o de mérito. Por otro lado, se concibe como causal el quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento, donde se controla la correcta observancia de las normas procesales por las instancias judiciales señaladas anteriormente.

La característica esencial de la casación en España, y que lo distingue de los modelos francés e italiano; establece que cuando se trata de vicios in iudicando, el Tribunal Supremo no sólo casa la resolución impugnada, sino también compone el litigio, resuelve la controversia, como cualquier tribunal de instancia o mérito. Además, y consecuencia de lo primero, es la evidente jurisdiccionalidad, en el sentido del que el ente casador es considerado como un ente judicial y no político, como en Francia en sus orígenes lo fue..

### 10.5.3. CONCEPTOS DE LA CASACIÓN DESDE LA DOCTRINA.-

Según **Guillermo CABANELLAS**, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual señala: “El recurso de casación constituye un recurso supremo y extraordinario contra las sentencias ejecutoriadas de los tribunales superiores, dictadas contra la ley o doctrina admitida por la jurisprudencia o faltando a los trámites sustanciales y necesarios de los juicios, para que, declarándolas nulas y de ningún valor, vuelvan a dictarse, aplicando o interpretando respectivamente la ley o la doctrina legal, quebrantadas en la ejecutoria y observando los trámites emitidos en el juicio, y para que se conserve la unidad e integridad de la jurisprudencia”.<sup>13</sup> Señalada.

Según **Piero CALAMANDREI**, señala que: “El recurso de casación es lo mismo que la revocación: una acción de impugnación que mira, en un primer tiempo, a obtener la anulación de la sentencia impugnada, y en segundo tiempo, a obtener una nueva decisión sobre el mérito de la controversia; pero que difiere de ella, en cuanto, mientras se trata de la revocación tanto el residente como el rescisorio, se desarrollan ante el mismo juez a quo, posiblemente en un mismo juicio, cuando se trata del recurso de casación, el residente se desarrolla siempre ante un juez superior a aquel que ha pronunciado la sentencia impugnada (Corte de Casación), y el rescisorio, cuando es posible, se desarrolla por lo general ante una autoridad judicial igual en grado pero diversa de aquella que pronunció la sentencia impugnada (...) se caracteriza por los

<sup>13</sup> CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario enciclopédico de derecho usual”. Editorial Heliasta, Buenos Aires 1979, Tomo VII, p. 55.

motivos en los cuales se funda; y como éstos pueden dividirse en dos grupos: *errores in procedendo* y *errores in iudicando*, el mismo viene en realidad a escindirse en dos institutos profundamente diversos”<sup>14</sup>, son sus características.

Según **Devis ECHANDIA**, sostiene que: “La casación se trata de un recurso extraordinario, razón por la cual está limitado a los casos en que la importancia del litigio por su valor o su naturaleza, lo justifica. Esa limitación tiene tres aspectos: 1) en cuanto a las sentencias que puedan ser objeto de él, pues sólo se otorga para alguna de las dictadas por tribunales superiores en segunda instancia y en lo civil además para los que dicten en única instancia en procesos de responsabilidad civil contra jueces ( pero en lo civil y laboral puede proponerse también per saltum, contra las sentencias del juez de primera instancia); 2) en cuanto a las causales que sirven para que estas sentencias puedan ser revocadas o reformadas, que están taxativamente señaladas; 3) en cuanto a las facultades de la corte en el examen y decisión del recurso pues no pueden examinar errores de la sentencia que el recurrente no acuse ni por causales que la ley no contemple. Es, además, un recurso exageradamente formalista”<sup>15</sup>. Indicó el jurista procesalista.

#### **10.5.4. SISTEMAS CASATORIOS.-**

Según la doctrina existen tres sistemas importantes, el francés, el alemán y el español; a saber.

##### **10.5.4.1. EI SISTEMA FRANCÉS.-**

Conocido también como casación con reenvío, toda vez que tiene por característica principal, el reenviar el expediente al mismo Tribunal que dictó la sentencia o a otro de igual jerarquía o grado para que emita nuevo fallo. El

---

<sup>14</sup> CALAMANDREI, Piero. “La Casación Civil”, Volumen III, Editorial Oxford University Press, México 2001, p. 210.

<sup>15</sup> ECHANDÍA, Devis. “Teoría General del Proceso”. Tomo II, Editorial Universidad Buenos Aires. Buenos Aires 1985, p. 643.

juez receptor, puede estar de acuerdo con el criterio adoptado por el tribunal de casación, por lo que el asunto queda terminado; o puede insistir en el fallo anterior, originando que el caso suba por segunda vez; por lo que, a su vez, el Tribunal de Casación insista en su decisión casatoria, originándose un doble reenvío. Si el segundo juez de reenvío persiste en pronunciar una sentencia similar a las dos veces casada, se produce el “*referé obligatoire*” al cuerpo legislativo, que dicta un decreto de interpretación de la ley, es el sistema francés.

Este sistema no funciona como tercera instancia, el Cour de Cassation se limita a pronunciarse sobre los motivos invocados por el recurrente, quien no puede invocar nuevas pretensiones, pero sí puede alegar todo tipo de errores jurídicos que pueden estar presentes, incluso en la sentencia de primera instancia y que no fueron analizados por la segunda instancia, también la alegación, por primera vez, de errores que afectan el orden público. Se debe considerar que en el segundo envío o reenvío, se debe efectuar siempre a otro Tribunal diferente al que dictó la resolución recurrida (tiene que ser de la misma categoría), o bien al mismo Tribunal pero debiendo tener la Sala de reenvío una composición diferente de magistrados. En este sistema, el recurso de casación está referido exclusivamente a cuestiones de derecho.<sup>16</sup>

#### **10.5.4.2. SISTEMA ALEMÁN.-**

En el sistema alemán se permite que el mismo Tribunal de Casación decida, sin reenvío, el conflicto; salvo que considere que no puede hacerlo sin un nuevo procedimiento, hipótesis en la cual remite lo actuado al juez de origen.

Actúa como tercera instancia que despliega sus efectos sólo en el aspecto jurídico del proceso. En este tipo de sistema, incluso, se puede analizar todo la parte jurídica del objeto del juicio. Apréciase que es el criterio del propio Tribunal el que decide cuándo resuelve la causa ella misma o la reenvía.

---

<sup>16</sup> HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos y VÁSQUEZ CAMPOS, José, *Código Procesal Civil*, Tomo II, Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 1996, p. 1160.

#### **10.5.4.3. SISTEMA ESPAÑOL.-**

Tiene como base el hecho de que si el Supremo Tribunal casa la sentencia, debe resolver lo que corresponda. Se evita, en lo posible, el reenvío, salvo que se trate de un vicio in procedendo que hace inevitable la devolución al juzgado de origen. Denominado sistema de casación sin reenvío.

La diferencia con el sistema alemán es que en éste, la decisión de reenvío no está en manos del Tribunal, sino que la ley procesal, casuísticamente, le indica lo que debe hacer en cada caso y la diferencia advertida con el sistema francés, es que el español es más ágil, busca la solución inmediata, cuando la ley se lo permite

#### **10.6. CUESTIONES GENERALES DEL ANÁLISIS JURÍDICO DE CASOS.-**

Se debe tener presente que el mundo vive las exigencias de la Sociedad del Conocimiento, todas las áreas del saber procuran no quedar rezagadas, la educación ciencia directamente vinculada al saber marca pautas a las otras ciencias, uno de los aspectos son los modelos didácticos, que la UNESCO fija en más de 30 modelos perfectamente estructurados. De estos modelos, en la ciencia jurídica, son de amplia y cada vez más generalizada la aplicación de la didáctica de Casos, como lo veremos .

Aquí el investigador pretende analizar la representación en el ámbito del derecho de familia. Veamos primero los criterios empleados del análisis casuístico de acuerdo a las principales propuestas. En general, la dogmática educativa del Derecho, considera la presencia de tres tipos de casos: Fáciles, Difíciles, y Trágicos. En seguida, sumariamente se realizará la exposición de las teorías.

Así desde la teoría de la argumentación jurídica se ha considerado que los casos jurídicos fáciles se presentan cuando el ordenamiento jurídico provee

una respuesta que soluciona el caso debatido mediante la aplicación de un silogismo jurídico; mientras los casos difíciles se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes permitidos por el Derecho Positivo. Y los casos trágicos, se pueden considerar que se presentan cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral, por lo que la adopción de una decisión en tales supuestos no significa enfrentar una alternativa, sino algo más complicado: un dilema. Por eso el especialista español, Manuel Atienza distingue dos tipos de casos trágicos, el primero, los casos en los que el ordenamiento jurídico ofrece por lo menos una respuesta correcta, pero que choca con la moral del juzgador, y como segundo, aquellos casos en los que no ofrece ninguna respuesta correcta el ordenamiento jurídico.

## **DISTINCIÓN ENTRE CASO FÁCIL Y DIFÍCIL**

**Rodríguez Boente**, sostiene que la distinción entre casos difíciles y fáciles **depende de** la Teoría desde la cual se observa el caso. Señala, que para: **1º El positivismo jurídico**, los **casos fáciles** serían aquellos en los que no hay más que aplicación pura y simple del Derecho, mientras que los **casos difíciles** se caracterizan porque la cuestión en litigio no está determinada por los estándares jurídicos; por eso, estos últimos requieren a diferencia de los primeros, una labor interpretativa. **2º** Para otro sector de la teoría de la argumentación jurídica, la diferencia entre casos fáciles y difíciles radicaría en el distinto carácter de la justificación que se ha de llevar a cabo en unos y otros. Así, mientras en los casos fáciles, la justificación consistiría en efectuar una simple deducción, que daría lugar al clásico silogismo jurídico, en los casos difíciles, a los criterios de la lógica debe añadirse los de la llamada “razón práctica”, que se contienen en principios como el de universalidad, coherencia, consenso. **3º Para DWORKIN**, que defiende la idea de una única respuesta correcta para cada caso que se plantea, **no distingue entre los tipos de casos**, puesto que el Juez no necesita un método para casos difíciles y otro para fáciles. Su método funciona también en los casos fáciles,

pero como las respuestas a las preguntas que hace son entonces obvias, o al menos parecen serlo, no nos damos cuenta de que está funcionando una teoría. **4º El realismo jurídico, específicamente para** la última manifestación del mismo que se materializa en el movimiento **Critical Legal Studies**, señalan que no existen casos difíciles, sino que, dado que nunca es posible identificar una respuesta correcta preexistente en el sistema, todos los casos serían difíciles, agrega.

**Pablo Navarro** sostiene que un **caso es fácil** si dado que la formulación normativa es unívoca en su significado y el caso no cae en la zona de penumbra de sus conceptos, y que la regulación de dicho caso es consistente, entonces los juristas acuerdan que un tribunal los resolvería mecánicamente mediante un razonamiento silogístico cuya premisa mayor es una norma jurídica. Según éste autor, las decisiones que se tomen sobre un caso fácil, serán cuestión de lógica, en definitiva una argumentación de tipo deductiva o lógica respectivamente.

Para el referido autor, un **caso difícil** sería si concurren los siguientes requisitos:

- a). Cuando no hay una respuesta correcta.
- b). Cuando las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresa son vagos, poseen textura abierta.
- c). Cuando el derecho es incompleto o inconsistente.
- d). no hay consenso acerca de la resolución en la comunidad de juristas.
- e). Cuando no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f). Cuando no es un caso fácil y es decidible solamente sopesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g). Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.



h). Cuando la solución involucra juicios morales necesariamente.

Por su parte, **Manuel Atienza**, sostiene que la justificación en los **casos fáciles, es una cuestión de lógica**, un razonamiento ordenado por parte del juez, una decisión como condenar a X a la pena Y, partiendo de un argumento deductivo (el llamado silogismo judicial), que tendría la construcción lógica siguiente: “todo el que realice actos de la clase Z debe ser condenado a la pena Y, X ha realizado actos de la clase Z; por lo tanto X debe ser condenado a la pena Y”. Consecuentemente, los casos fáciles son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de argumentar.

Para el citado autor, siguiendo a **MacCormick**, señala que un **caso difícil**, será aquel que presenta los problemas siguientes:

1. Cuando presenta problemas de relevancia, al existir dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso.
2. Cuando presenta problemas de interpretación, al existir dudas sobre cómo ha de entenderse la norma o normas aplicables al caso.
3. Cuando presenta problemas de prueba, al existir dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar.
4. Cuando presenta problemas de calificación, por existir dudas sobre si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma.

Podemos afirmar de lo expuesto, que la mayoría de los casos jurídicos, sobre los cuáles tienen que decidir la mayor parte de los tribunales, son casos jurídicos difíciles.

Lo señalado hasta ahora, nos permite pisar en terreno inmejorable para describir, lo que la doctrina ha estudiado respecto de la actividad de los jueces, registradores, frente a los casos resueltos en sus quehaceres profesionales del día a día .

## **10.7. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.-**

De la jurisprudencia correspondiente a la Corte Suprema, la mayor parte corresponde a temas controvertidos de disposición de bienes de la sociedad de gananciales, y la jurisprudencia de los otros aspectos del tema de investigación lamentablemente es escasa, con esas limitaciones reproduciremos en las líneas siguientes las jurisprudencias de mayor relevancia a criterio del suscrito.

### **JURISPRUDENCIA 1: FALSO PROCURADOR. CASACIÓN N° 831-2002 (Lima, veintinueve de setiembre del dos mil tres).**

**SUMILLA:** " ... en el presente caso el tema central de la controversia (nulidad de acto jurídico) radica en establecer si el apoderado tenía facultades para celebrar la escritura de garantía hipotecaria, recibiendo un crédito a su favor y el de su cónyuge garantizando el préstamo con el inmueble de propiedad de su mandante. Analizados los elementos probatorios aportados al proceso se llega a la conclusión de que el apoderado ha excedido los límites del poder que se le ha otorgado en interés de su mandante, pues el apoderado conjuntamente con su cónyuge se han favorecido con el préstamo bancario, contrariando normas que interesan al orden público. En tal virtud la sentencia de vista ha interpretado el acto jurídico de acuerdo con lo que se ha expresado en él y según el principio de la buena fe, por lo que en rigor no se ha producido una errónea interpretación de la norma, lo que conduce a establecer que la causal de casación bajo análisis resulta infundada ... "

" ... el mandatario cumple una función por cuenta y en interés del mandante, conforme lo establece el antes citado artículo 1790 del Código Sustantivo, por lo que habiéndose determinado con suma claridad por las instancias de mérito que Efraín Campos Céspedes y doña Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos (tercera a quien no se le ha otorgado facultades de representación), han celebrado un contrato de mutuo hipotecario con el Banco Popular del Perú en liquidación, recibiendo un préstamo de dinero en su beneficio personal, poniendo en garantía hipotecaria el inmueble de propiedad de la demandante, resulta nulo el acto jurídico por tener fin ilícito conforme a lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 219 del Código Civil, pues el apoderado se ha extralimitado en sus facultades, llegándose a la determinación de que no resulta pertinente aplicar el artículo 155 del Código Civil al presente caso, pues los hechos controvertidos no se subsumen dentro del supuesto fáctico de dicho numeral.

" ... conforme se advierte de la copia de la Ejecutoria Suprema obrante a fajas cuatrocientos seis, su fecha veintisiete de junio del dos mil, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, los citados Efraín Campos Céspedes y Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos han sido condenados como autores del delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa en agravio de doña Julia Pinazo

Del Carpio; sin perjuicio de que deben cancelar la deuda pendiente al Banco Popular del Perú ... "

**CAS. N° 831-2002 CUSCO** (Lima, veintinueve de setiembre del dos mil tres).

**La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República**, vista la causa con los acompañados, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, emite la siguiente sentencia:

**1.MATERIA DEL RECURSO:** Es materia del recurso de casación la sentencia de vista de fajos cuatrocientos veintitrés, su fecha veintiuno de diciembre del dos mil uno, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que confirmando la sentencia apelada de fajos trescientos sesentitrés, declara fundada en parte la demanda, esto es, fundada la pretensión de nulidad de acto jurídico; en consecuencia, nulo y sin efecto el acto jurídico de fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventidós, que contiene el otorgamiento de crédito con garantía hipotecaria; con lo demás que contiene; en los seguidos por doña Julia Pinazo Del Carpio viuda de Díaz con el Banco Popular del Perú en liquidación y otros, sobre nulidad de acto jurídico e indemnización por daños y perjuicios.

**2.FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Mediante resolución obrante a fajos veintidós del cuaderno de casación, su fecha nueve de julio del dos mil dos, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el Banco Popular del Perú en liquidación, por las causales previstas en los incisos 1<sup>o</sup> y 2<sup>o</sup> del artículo 386 del Código Procesal Civil, al amparo de las cuales se denuncia: a) la interpretación errónea del artículo 168 del Código Civil y, b) la inaplicación del artículo 155 del Código Civil, señalando que debió ser concordado con el artículo 156 del mismo texto legal.

### **3. CONSIDERANDOS:**

**Primero.-** El Banco impugnante aduce que en la sentencia de vista se ha interpretado erróneamente el artículo 168 del Código Civil al darse un contenido nuevo e inexistente a la escritura de poder recaudada a la demanda; que tratándose la escritura de poder de un acto unilateral no es posible invocar la común intención de las partes para efectos de interpretar el acto jurídico, pues es una sola persona quien expresa su voluntad de conferir a otra facultades para que actúe en su representación. El artículo 168 del Código Civil establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

**Segundo.-** Para determinar si en el presente caso se ha interpretado erróneamente el artículo 168 del Código Civil debe analizarse también los hechos aportados al proceso, de los cuales se tiene lo siguiente: De la revisión del testimonio de la escritura pública

de poder especial obrante a fajas cuatro, su fecha once de noviembre de mil novecientos noventiuno, se advierte que la demandante otorgó poder especial a favor de Efraín Campos Céspedes, para que en representación de su persona, acciones y derechos dé en garantía el inmueble sito en Avenida San Jerónimo número quinientos cuarenticuatro, Umacollo, Arequipa, a favor del Banco Popular del Perú, sucursal Cusca, pudiendo al efecto firmar las minutas y escrituras correspondientes de conformidad con el artículo 156 del Código Civil. De fajas siete se advierte que el citado Efraín Campos Céspedes, conjuntamente con su cónyuge doña Silvia Amanda Díaz Calderón, ambos por su propio derecho, y además el primero como apoderado de doña Julia Pinazo Del Carpio viuda de Díaz, celebraron con el Banco Popular del Perú una escritura pública de otorgamiento de crédito con garantía hipotecaria, su fecha diecisiete de febrero de mil novecientos noventidós, por el cual el Banco a solicitud de aquél le concede un crédito de hasta treinta mil dólares americanos, como préstamo a corto plazo, bajo la modalidad de pagaré a noventa días, y en garantía del préstamo otorgado Efraín Campos Céspedes en representación de su mandante, la propietaria, Julia Pinazo Carpio viuda de Díaz, constituye a favor del Banco primera y preferente hipoteca hasta por treinta mil dólares americanos sobre el antes citado inmueble de su mandante. Cabe señalar que por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante conforme lo establece el artículo 1790 del Código Civil.

**Tercero.-** De lo expuesto emerge que en el presente caso el tema central de la controversia (nulidad de acto jurídico) radica en establecer si el apoderado tenía facultades para celebrar la escritura de garantía hipotecaria, recibiendo un crédito a su favor y el de su cónyuge garantizando el préstamo con el inmueble de propiedad de su mandante. Analizados los elementos probatorios aportados al proceso se llega a la conclusión de que el apoderado ha excedido los límites del poder que se le ha otorgado en interés de su mandante, pues el apoderado conjuntamente con su cónyuge se han favorecido con el préstamo bancario, contrariando normas que interesan al orden público. En tal virtud la sentencia de vista ha interpretado el acto jurídico de acuerdo con lo que se ha expresado en él y según el principio de la buena fe, por lo que en rigor no se ha producido una errónea interpretación de la norma, lo que conduce a establecer que la causal de casación bajo análisis resulta infundada.

**Cuarto.-** En cuanto respecta a la causal de inaplicación del artículo 155 del Código Civil se arguye que dicha norma debió ser concordada con el artículo 156 del mismo ordenamiento legal, en razón que el aludido numeral señala que el poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido y en ese sentido el poder del demandado Efraín Campos Céspedes resultaba suficiente para suscribir la escritura,

máxime si la calidad con la que intervino la demandante en la mencionada escritura pública fue la de hipotecante y no de mutuataria, no pudiéndose sostener que el poder fue otorgado para que obtenga un crédito a su favor. El artículo 155 del Código Civil establece que el poder general sólo comprende los actos de administración. El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

**Quinto.-** Para determinar si en efecto se ha infringido la norma invocada por inaplicación de la misma, conforme a los hechos aportados al proceso ya expuestos precedentemente, debe tenerse en cuenta que el mandatario cumple una función por cuenta y en interés del mandante, conforme lo establece el antes citado artículo 1790 del Código Sustantivo, por lo que habiéndose determinado con suma claridad por las instancias de mérito que Efraín Campos Céspedes y doña Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos (tercera a quien no se le ha otorgado facultades de representación), han celebrado un contrato de mutuo hipotecario con el Banco Popular del Perú en liquidación, recibiendo un préstamo de dinero en su beneficio personal, poniendo en garantía hipotecaria el inmueble de propiedad de la demandante, resulta nulo el acto jurídico por tener fin ilícito conforme a lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 219 del Código Civil, pues el apoderado se ha extralimitado en sus facultades, llegándose a la determinación de que no resulta pertinente aplicar el artículo 155 del Código Civil al presente caso, pues los hechos controvertidos no se subsumen dentro del supuesto fáctico de dicho numeral.

**Sexto.-** Más aún, con relación a estos hechos, conforme se advierte de la copia de la Ejecutoria Suprema obrante a fojas cuatrocientos seis, su fecha veintisiete de junio del dos mil, expedida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, los citados Efraín Campos Céspedes y Silvia Amanda Díaz Calderón de Campos han sido condenados como autores del delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa en agravio de doña Julia Pinazo Del Carpio; sin perjuicio de que deben cancelar la deuda pendiente al Banco Popular del Perú; estos fundamentos también conducen a establecer que el recurso de casación por la causal denunciada resulta infundado. **4.**

**DECISIÓN:** Estando a las consideraciones expuestas y en observancia de lo dispuesto por el artículo 397 del Código Procesal Civil: a) Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas cuatrocientos treinticuatro, interpuesto por el Banco Popular del Perú en liquidación; en consecuencia, decidieron **NO CASAR** la sentencia de vista de fojas cuatrocientos veintitrés, su fecha veintiuno de diciembre del dos mil uno, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco. **b) CONDENARON** al Banco recurrente a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal así como al pago de las costas y costos originados en la tramitación del recurso. e) **DISPUSIERON** la publicación de esta resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad, en

los seguidos por doña Julia Pinazo Del Carpio viuda de Díaz sobre nulidad de acto jurídico y otros conceptos; y los devolvieron, SS. ALFARO ALVAREZ, CARRION LUGO, HUAMANI LLAMAS, CARO A JULCA BUSTAMANTE, MOLINA ORDOÑEZ C-42205

**JURISPRUDENCIA 2: CASACION Nº 3302-2002. RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: DEUDAS DE CARACTER SOCIAL (Lima 26-05-2003)**

**SUMILLA:** Las obligaciones sociales son de cargo de la sociedad conyugal, más allá que uno de ellos alegue que es a título personal; que el bien materia de anticipo de legítima es un bien social y que la sociedad conyugal.

**CASACION Nº 3302-2002- LIMA (Lima, veintiséis de mayo del dos mil tres).-**

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; vista la causa tres mil trescientos dos - dos mil dos; en Audiencia Pública el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley emite la siguiente sentencia; MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por Mario Marco Montes Miranda, contra la sentencia de vista de fojas doscientos diecinueve, su fecha treintiuno de Mayo del dos mil dos, que confirmando la apelada, de fojas ciento veinte, fechada el veintiocho de Junio del dos mil uno, declara Fundada la demanda; FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que, la Corte mediante resolución de fecha once de Noviembre del dos mil dos ha estimado procedente el recurso solo por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, sosteniendo el recurrente: que en autos no existe una valoración conjunta y razonada de todos los medios probatorios, toda vez que no se ha acreditado todos los extremos que configuran la acción pauliana, por el contrario se ha restablecido que la obligación de pago del demandado, Enrique Montes Peña, es a título personal; que el bien materia de anticipo de legítima es un bien social y que la sociedad conyugal, como tal, no ha sido deudora del crédito; sin embargo, se ha declarado Fundada la demanda en clara violación de los artículos ciento noventa y siete y doscientos del Código Procesal Civil; CONSIDERANDO: Primero.- Que el recurrente sostiene que resulta ilegal la declaración de ineficacia del Anticipo de Legítima sub - judice en virtud a que siendo la acreencia de la actora una deuda personal de Enrique Montes Peña y no una deuda de la sociedad conyugal conformada por éste y Julia Miranda Capcha de Montes, ha sido la referida sociedad conyugal la que ha efectuado la transferencia y no Enrique Montes Peña individualmente; de tal modo que la violación del principio de valoración conjunta y razonada de los medios probatorios ha consistido en que los juzgadores han concluido equivocadamente que la acreencia de la actora consiste en una deuda de la sociedad conyugal; Segundo.- Que de la revisión del escrito de

contestación de demanda no aparece que el recurrente haya cuestionado el carácter social o personal de la deuda de su progenitor Enrique Montes Peña; que ello tampoco lo ha efectuado el mismo Enrique Montes Peña al ejercer su derecho de contradicción; lo que se agrava aún más con el hecho de que la cónyuge de Enrique Montes Peña, Julia Miranda Capcha de Montes, no contestó la demanda; lo que tampoco hicieron los otros tres co-demandados, hermanos del recurrente, Luben Omero Omar Enrique y Martha Montes Miranda; Tercero.- Que estos actos han dado lugar a que el referido tema no se convierta en punto controvertido, de acuerdo al artículo cuatrocientos cuarentidós, inciso segundo, del Código Procesal Civil; tan es así que en la Audiencia Única del veintisiete de Junio del dos mil uno, cuya acta obra a fojas ochenticuatro, no se estableció dicho tema como tal; por consiguiente, carece de asidero legal atribuir al A Quo haber efectuado una indebida valoración de los medios probatorios dado que por hecho propio de los demandados tácitamente se estaba indicando que la deuda era de carácter social; Cuarto.- Que es recién con la expedición de la sentencia adversa de primera instancia que el recurrente alega en su recurso de apelación el carácter personal de la deuda; sin embargo, debe tenerse presente que los co - demandados, padres del recurrente, Enrique Montes Peña y Julia Miranda Capcha de Montes, no interpusieron medio impugnatorio alguno contra la sentencia del A Quo, quedando firme la consideración jurisdiccional tácita de que la deuda es de carácter social; por consiguiente, siendo ellos los únicos integrantes de la sociedad conyugal a la cual el A Quo le atribuye la deuda, el recurrente carece de legitimidad para, a título personal, alegar el supuesto carácter privado de la misma; Quinto.- Que siendo ello así, no se configura el vicio procesal denunciado; y de conformidad con el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; estando a las consideraciones que preceden, declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos treinticuatro; en consecuencia NO CASAR la sentencia de vista de fojas doscientos diecinueve su fecha treintiuno de mayo del dos mil dos; CONDENARON al recurrente al pago de las costas y costos del recurso así como la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; DISPUSIERON que la presente resolución sea publicada en el diario oficial "El Peruano" en los seguidos por Rosa María Montes Peña con Enrique Monte Peña y otros; sobre Invalidez del Acto Jurídico; y los devolvieron.-

**JURISPRUDENCIA 3: PRESUNCION IURE ET DE IURE EN EL CONSENTIMIENTO DE LA CÓNYUGE EN EL ESTABLECIMIENTO DE CUENTAS CORRIENTES POR PERSONAS NATURALES Y EN LAS OPERACIONES QUE SE EFECTÚEN CON LAS MISMAS. CASACION Nº 590-2003, (Lima 22-04-2003)**

**SUMILLA:** El artículo 227° de la Ley 26702, al presumir el consentimiento de la cónyuge en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, lo cual perjudica a la sociedad de gananciales al ver afectado los bienes pertenecientes al patrimonio conyugal; opera como una presunción iure et de iure.

**CASACION Nº 590-2003 – PIURA, (Lima, veintidós de abril del dos mil tres).**

VISTOS; y ATENDIENDO: Primero.- Que, el recurso de casación interpuesto por don Antonio Pelagio Periche Pingo satisface las exigencias de forma previstas en el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil, para su admisibilidad; Segundo.- Que, como fundamento del recurso expresa que la Sala Superior ha efectuado una aplicación incorrecta del artículo doscientos veintisiete de la Ley veintiséis mil setecientos dos, al presumir el consentimiento de la cónyuge en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúen con las mismas, lo cual perjudica a la sociedad de gananciales al ver afectado los bienes pertenecientes al patrimonio conyugal; sosteniendo además que las deudas del cónyuge sin asentimiento del otro deben ser pagadas con los bienes propios del primero y hacer lo contrario contraviene los artículos trescientos ocho y trescientos nueve del Código Civil y por tanto, no se ha dado término a la sociedad de gananciales conforme lo dispone el artículo trescientos dieciocho del mismo Código y que la ejecutada Marixza Silva Cornejo no conválido, autorizó ni consintió deudas contraídas por el recurrente como persona natural; Tercero.- Que, el recurso se rechaza liminarmente al adolecer de claridad en tanto se denuncia la "aplicación incorrecta de la norma" presupuesto que no constituye causal regulada por el artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil; máxime si el artículo doscientos veintisiete acotado consagra una presunción iure et de iure que no admite prueba en contrario, referida a que en el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta y siendo esto así, resultan irrelevantes las argumentaciones relativas al detrimento en el patrimonio conyugal y a la falta de intervención de la cónyuge en los contratos de cuenta corriente celebrados por el impugnante con la entidad ejecutante; Cuarto.- Que, en consecuencia no se satisface la exigencia de fondo del inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil; por lo que en aplicación del artículo trescientos noventidós del mismo Código, declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos setentidós contra la resolución de vista de fojas doscientos sesenta, su fecha dieciséis de enero del presente año; CONDENARON al recurrente al pago de la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; ORDENARON se publique la presente resolución en el Diario



Oficial "El Peruano"; en los seguidos por Banco de Crédito del Perú, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero; y los devolvieron.-

**JURISPRUDENCIA 4: CASACIÓN Nº 3897-2007 CAÑETE. DISPOSICIÓN DE BIEN PROPIO, NO OPERA LA REPRESENTACIÓN DE GANANCIALES.**

**SUMILLA:** Para la transferencia de bien propio adquirido a título gratuito, no se requiere el consentimiento del cónyuge, pues no forma parte de las sociedad de gananciales.

**CAS. Nº 3897-2007 CAÑETE (05-06-08).**

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, con los acompañados; vista la causa número tres mil ochocientos noventa y siete - dos mil siete, en audiencia pública el día de la fecha y producida la votación, con arreglo a ley, de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo, se emite la siguiente sentencia: 1. MATERIA DEL RECURSO: Es materia de autos el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos setenta y nueve, por doña Edelmira Manrique Salas viuda de Cárdenas, contra la sentencia de vista de fojas seiscientos cincuenta y ocho, su fecha veintinueve de mayo del dos mil siete, que confirmando la sentencia apelada de fojas quinientos doce, su fecha veintinueve de setiembre del dos mil cinco, ha declarado infundada la demanda de nulidad del acto jurídico. 2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Esta Sala Suprema, ha declarado procedente el recurso mediante resolución de fecha siete de setiembre del dos mil siete, por la causal prevista en el inciso 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, relativa a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; señalando puntualmente que la Sala ha infringido lo dispuesto por el artículo 139 de la Constitución Política del Estado, así como lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 122 del Código Adjetivo, en cuanto a la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos; añade, que tampoco se ha pronunciado sobre su agravio, específicamente el contenido en el décimo fundamento de su recurso de apelación; por tanto la sentencia de vista carece de debida motivación, pues, se limitó a reproducir los argumentos esgrimidos en la sentencia de primera instancia; agrega también que, el Colegiado no ha cumplido con lo dispuesto por el artículo 197 del Código Adjetivo, norma imperativa que exige, que todos los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta por el Juez, utilizando su apreciación razonada. 3. CONSIDERANDO: Primero: Que, una de las expresiones de la tutela jurisdiccional efectiva, consiste en la debida motivación de las resoluciones judiciales, la misma, constituye un principio y derecho de la función

jurisdiccional, consagrado en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política, que ha sido recogida en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, inciso 6 del artículo 50 e incisos 3 y 4 del artículo 122 del Código Procesal Civil, cuya contravención origina la nulidad de la resolución, conforme lo disponen las dos últimas normas adjetivas glosadas. Segundo: Que, la motivación es esencial en los fallos, ya que los justiciables deben saber las razones de hecho y de derecho por las cuales se desestima una demanda, pues, a través de su aplicación efectiva se llega a una recta impartición de justicia, evitándose con ello arbitrariedades y permitiendo a las partes ejercer adecuadamente su derecho de impugnación, planteando al superior jerárquico las razones jurídicas que sean capaces de poner de manifiesto los errores que puede haber cometido el juzgador; de esa manera es posible efectuar un adecuado control interno del sistema de impartición de justicia, logrando así el convencimiento de las partes en el proceso, respecto a la corrección y justicia de la decisión, buscando así la finalidad abstracta del proceso - lograr la paz social en justicia. Tercero: Además, el respeto al principio de la debida fundamentación de las resoluciones judiciales se encuentra concatenado con el respeto al principio de congruencia, siendo que éste supone el límite del contenido de una resolución judicial, debiendo ésta ser dictada de acuerdo con el sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes, principio recogido en el artículo VII del Título Preliminar, así como en el inciso 3 del artículo 122 del Código Procesal Civil, por lo que su contravención implica la nulidad de la decisión, conforme a lo expuesto en el citado artículo 122. Cuarto: Conforme se advierte del texto de la demanda de nulidad de acto jurídico, ésta encuentra sus pilares en los siguientes hechos: a) La existencia de un convenio de adjudicación expedido por el Concejo Distrital de Quilmaná el once de abril de mil novecientos sesenta y cuatro, con el que se busca acreditar que el fallecido Alfonso Cárdenas Ramos, adquirió un predio cuando ya se encontraba casado con la demandante, procediéndose a efectuar una serie de construcciones a costa del caudal común; b) El cuestionamiento del contrato privado del veinticinco de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, referido a la transferencia realizada por Alfonso Cárdenas Ramos al demandado Zacarías Huamán Albino, sin haber intervenido la demandante, y cuestionándose la letra de Cárdenas Ramos y el agregado respecto a los linderos del bien; c) Lo relativo al título adquirido por el demandado Zacarías Huamán Albino ante COFOPRI. Quinto: En ese sentido, en la audiencia de conciliación de fojas trescientos cuarenta, en presencia de la recurrente, se han fijado los siguientes puntos controvertidos: 1.- Que, la demandante acredite que el contrato privado del veinticinco de diciembre de mil novecientos setenta y nueve adolece de causal de nulidad; 2.- Que, la demandante acredite su derecho de propiedad sobre el inmueble materia del contrato cuya nulidad se solicita;

3.- Que, la parte demandada acredite que el título de propiedad del veintisiete de mayo del dos mil, correspondiente al Lote uno manzana veinticuatro del poblado Quilmaná, expedido por COFOPRI, adolece de nulidad. Sexto: En la sentencia de Primera Instancia (fojas quinientos doce) la demanda ha sido declarada infundada, la que al ser apelada a fojas quinientos veinticuatro, ha sido confirmada por la sentencia de fojas seiscientos cincuenta y ocho; siendo que en ésta se ha fundamentado en atención a los puntos controvertidos, habiéndose indicado lo siguiente: Respecto a 1.- Se indica que el contrato privado del veinticinco de diciembre de mil novecientos setenta y nueve es en realidad un recibo de pago que serviría para acreditar la celebración de un contrato consensual, el mismo que no se encuentra sujeto a formalidad alguna; que de la pericia grafotécnica realizada se acredita la autenticidad de la firma del vendedor; y que el bien materia de transferencia es uno propio, al haber sido adquirido a título gratuito (artículo 177 inciso 2 del Código Civil de mil novecientos treinta y seis) por lo que para su transferencia no se requiere el consentimiento de la demandante; Respecto de 2.- El inmueble sub litis constituye un bien propio del Alfonso Cárdenas Ramos, no habiendo formado parte del patrimonio de la sociedad conyugal; Respecto a 3.- Se indica que carece de objeto pronunciarse sobre las demás pretensiones, lo cual se justifica dado que lo relativo a la intervención de COFOPRI, en lo referido al extremo del título que esta institución expidió, no fue materia de denuncia en el recurso de apelación respectivo. Sétimo: Según lo expuesto, analizando el recurso de casación, apreciando primero la denuncia relativa a que la recurrida no se habría pronunciado sobre los puntos controvertidos, lo que también se habría producido en la apelada según indicó en su recurso de apelación; se concluye que esta denuncia no tiene una base real, dado que la sentencia recurrida sí contiene un pronunciamiento sobre los puntos controvertidos, conforme se ha apreciado en el considerando quinto de esta decisión suprema, la misma que en todo caso ha efectuado un control del pronunciamiento de primera instancia, advirtiendo que en ésta no se configura un supuesto de nulidad procesal por deficiencia de pronunciamiento, dando que la misma también cumplió con pronunciarse sobre los puntos en controversia; por lo que esta denuncia debe ser desestimada. Octavo: Respecto a la denuncia que, el Colegiado no ha valorado en forma conjunta todos los medios probatorios, según una apreciación razonada; al respecto, del escrito de casación se aprecia que la recurrente en concreto se refiere a la partida de matrimonio civil del primero de febrero de mil novecientos cincuenta y siete, al convenio de adjudicación expedido por el Concejo Distrital de Quilmaná el once de abril de mil novecientos sesenta y cuatro y a la pericia grafotécnica, respecto al área de las colindancias; entonces, analizando la resolución recurrida se aprecia que estas

pruebas han sido materia de una específica valoración, siguiendo el criterio previsto en el artículo 197 del Código Procesal Civil, considerando los hechos acontecidos y la norma sustantiva aplicable por temporalidad; por lo que esta denuncia también debe ser desestimada. 4. DECISIÓN: Por las consideraciones expuestas y en aplicación del artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: a) INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos setenta y nueve, por la demandante Edelmira Manrique Salas viuda de Cárdenas; en consecuencia, NO CASAR la resolución de vista de fojas seiscientos cincuenta y ocho, su fecha veintinueve de mayo del dos mil siete, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cañete. b) CONDENARON a la parte recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; en los seguidos con Zacarías Huamán Albino y otros, sobre nulidad de acto jurídico. c) DISPUSIERON la publicación de esta resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; intervino como Vocal Ponente el Señor Miranda Canales; y los devolvieron. -

**JURISPRUDENCIA 5: DISPOSICION DE LOS BIENES SOCIALES. CASACION Nº 2693-2002 (Lima 29-01-2003)**

**SUMILLA:** La sociedad conyugal se convierta en dueña de un inmueble en su totalidad, debe pagar al cónyuge propietario el precio del suelo, del terreno, el valor del mismo, por lo que si no se ha pagado dicho reembolso, el suelo seguirá siendo de propiedad del cónyuge que aparece como tal en el registro.

**CAS. Nº 2693-2002-LA LIBERTAD (Lima, veintinueve de Enero del dos mil tres).-**

VISTOS; y ATENDIENDO:

PRIMERO: El recurso de casación interpuesto cumple con las exigencias de forma establecidas para su admisibilidad; así como con el requisito de fondo previsto en el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil.

SEGUNDO: El entidad recurrente fundamenta su recurso sobre la base de las causales contenidas en los incisos 1 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, referidas a la aplicación indebida e interpretación errónea de normas de derecho material; así como a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso e infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

TERCERO: La impugnante denuncia que la Sala Civil Superior ha interpretado erróneamente el artículo 310 del Código Civil, sosteniendo que dicha norma indica que para la sociedad conyugal se convierta en dueña de un inmueble en su totalidad, debe pagar al cónyuge propietario del suelo, el valor del mismo, por lo que si no se ha

pagado dicho reembolso, el suelo seguirá siendo de propiedad del cónyuge que aparece como tal en el registro. Al respecto, debe señalarse que la alegación formulada no satisface el requisito de fondo contenido en el artículo 388, inciso 2, ordinal 2.1 del Código Procesal Civil, al no haberse realizado una fundamentación clara y precisa de la denuncia, toda vez que la misma contiene una serie de inexactitudes que no corresponden a lo expresado en la sentencia de vista, puesto que en la misma no se hace referencia al suelo como bien social, aplicándose el artículo 310 del Código sustantivo en atención a su contenido y a la copia literal de dominio que obra a fojas tres.

CUARTO: Asimismo, alega la aplicación indebida del artículo 315 del Código Procesal Civil, refiriendo que la propietaria del inmueble es únicamente la demandada doña Olga García Egúsqiza, por lo que no se trata de un bien social. Al respecto, debe indicarse que del análisis de la denuncia se desprende que la recurrente pretende un nuevo examen de las pruebas actuadas a fin de que se reconozca que se tratan de bienes propios, sin embargo tal circunstancia no es posible de ser realizada en vía de casación por ser ajena a los fines de dicho recurso.

QUINTO: Finalmente, en cuanto a la denuncia por vicios in procedendo, refiere que se han transgredido los artículos 139 inciso 5 de la Constitución Política del Estado, así como los artículos 122 incisos 3 y 4, 197 del Código Procesal Civil y VII del Título Preliminar del Código Civil, sosteniendo que la sentencia de vista no se encuentra debidamente motivada; asimismo que no han sido examinados todos los medios probatorios aportados al proceso: Analizada la fundamentación precedente, debe señalarse que ésta no cumple con lo preceptuado en el artículo 388, inciso 2, ordinal 2.3 del Código Procesal Civil, pues conforme se aprecia de fojas doscientos setentiséis, la resolución de segunda instancia se encuentra debidamente fundamentada, habiéndose analizado los medios probatorios aportados al proceso, por lo que se concluye que no existe contravención alguna de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

Por las razones expuestas y en uso de la facultad prevista por el artículo 392 del Código Procesal Civil: declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación de fojas doscientos ochentinueve, interpuesto por la Caja Rural de Ahorro y Crédito "La Libertad"; en los seguidos por don Lorenzo Hyamanchumo Mendoza, sobre nulidad de acto jurídico; CONDENARON a la entidad recurrente al pago de la multa de tres Unidades de Referencia Procesal, así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad y los devolvieron.-

**JURISPRUDENCIA 6: DISPOSICION DE LOS BIENES PERTENECIENTES A LA SOCIEDAD CONYUGAL. CASACION Nº 665-2002 (Lima 09-05-2003).**

**SUMILLA:** Cuando el inmueble es un bien que está comprendido dentro de la masa de la sociedad conyugal, entonces para su disposición se requiere el consentimiento de los conyuges.

**CASACION Nº 665-2002-TACNA (Lima, nueve de mayo del dos mil tres).-**

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA, vista la causa en audiencia pública el día de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, con los acompañados, emite la siguiente sentencia:

**1.- MATERIA DEL RECURSO:**

Es materia del presente recurso de casación la sentencia de vista de fojas ciento ochentiséis su fecha veintitrés de enero del dos mil dos, expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Tacna que revoca la sentencia apelada de fojas ciento sesentiuno su fecha diecinueve de setiembre del dos mil uno, que declaraba fundada la demanda sobre tercería de propiedad de fojas quince interpuesta por doña Mercedes Rosario Pilco de Rojas y reformándola la declara improcedente, sin costas ni costos.

**2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:**

Mediante resolución de fecha veintisiete de junio del dos mil dos, esta Sala ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto por doña Mercedes Rosario Pilco de Rojas por la causal de inaplicación del artículo 315 del Código Civil.

**3.- CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, para determinar si en la sentencia de vista se ha inaplicado la norma anotada, necesariamente tienen que examinarse las pruebas actuadas en el proceso y los hechos aportados al mismo. Para tal efecto debe señalarse que el punto central de controversia es si procede o no la desafectación de la medida cautelar inscrita en la ficha registral número cinco mil setecientos cuarentidós del Registro de Propiedad Inmueble de Tacna, obrante a fojas doce, sobre los derechos y acciones del cónyuge demandado, en atención que el inmueble es un bien que está comprendido dentro de la masa de la sociedad conyugal.

**SEGUNDO:** La impugnante en su recurso de casación sostiene que ésta no intervino en ningún momento en el préstamo que le hiciera el Banco demandado a su cónyuge, que la recurrida se basa únicamente en una Ejecutoria Suprema y que el Juez que lleva a cabo el proceso de obligación de dar suma de dinero ha iniciado la ejecución forzada.

TERCERO: Que de la revisión de los actuados se advierte que el Juez que lleva a cabo el proceso número mil novecientos noventa y siete- cero cero cero cincuenta y dos - cero dos mil trescientos uno inició la ejecución forzada de la medida cautela, cuando en reiterada jurisprudencia se ha establecido que no se puede rematar judicialmente acciones y derechos de un bien perteneciente a una sociedad conyugal que constituyen un patrimonio autónomo e indivisible hasta que se ponga fin al régimen de sociedad de gananciales de acuerdo con el artículo 318 del Código Civil.

CUARTO: Que, en este caso específico debemos analizar el origen de la deuda y la medida cautelar; de la revisión de los expedientes acompañados subyace que éstas se originan por el cobro judicial de dos letras de cambio giradas a la vista por el cierre de cuenta corriente. Siendo así debemos tener en cuenta que si bien la obligación del cónyuge demandado con su co-demandado el Banco Interbank Sucursal Tacna se contrajo bajo la vigencia del Decreto Legislativo 770, Ley General de Instituciones Bancarias, Financiera y de Seguros, y no bajo la Ley 26702 Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, se debe dejar establecido que ambos cuerpos normativos en sus artículos 299 y 227 respectivamente, establecen la presunción del consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta en la apertura y operación de cuentas corrientes, lo que no se ha tenido en cuenta por el A-quo ni por el Colegiado y constituye punto circunstancial para dilucidar el proceso, en consecuencia está perfectamente acreditado que la deuda fue para el beneficio de la sociedad conyugal.

QUINTO: Siendo así, para afectar el inmueble sito en el Pueblo Joven Francisco Gonzales Vigil, Lote número uno de la Manzana número veinticinco, zona A- Tacna, que pertenece a la sociedad conyugal Rojas-Pilco conforme a la Escritura Pública de fecha once de abril de mil novecientos ochenta y nueve que corre a fojas cuatro, la acción ejecutiva de pago debió estar dirigida contra ambos cónyuges y no sólo contra el demandado, como ha sucedido; el Banco demandado debió girar las letras de cambio contra ambos cónyuges lo que tampoco ha ocurrido en el caso de autos, tal como se aprecia a fojas tres del acompañado, por ello se concluye que el Colegiado al dictar la recurrida ha inaplicado el artículo 315 del Código Civil, pues era requisito indispensable el consentimiento de la cónyuge demandante para gravar el inmueble.

#### 4.- DECISIÓN:

a) Por las consideraciones expuestas y de conformidad con el artículo 396 del Código Procesal Civil: declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por don doña Mercedes Rosario Pilco de Rojas, en consecuencia CASARON la sentencia de vista de fojas ciento ochenta y seis, su fecha veintitrés de enero del dos mil dos.

b) Actuando en sede de instancia CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas ciento sesentiuno, su fecha diecinueve de setiembre del dos mil uno, que declara fundada la demanda de fojas quince y en consecuencia ordena dejar sin efecto el embargo de fecha veinte de octubre de mil novecientos noventinueve, trabado sobre el cincuenta por ciento de las acciones y derechos que le corresponden al obligado en el inmueble sito en el Pueblo Jóven Francisco Gonzales Vigil, Lote número uno de la Manzana número veinticinco, Zona A- Tacna.

c) DISPUSIERON la publicación de esta resolución en el diario Oficial "El Peruano" bajo responsabilidad; en los seguidos por doña Mercedes Rosario Pilco de Rojas con el Banco Interbank -sucursal Tacna sobre tercería de propiedad; y los devolvieron.

**JURISPRUDENCIA 7: CASACIÓN Nº 3812-2002. PARA LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOCIALES, ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN DE AMBOS CÓNYUGES. (Lima 19-05-2003).**

**SUMILLA:** Por mandato legal, para la disposición de los bienes sociales, es necesaria la intervención de ambos cónyuges.

**CASACIÓN Nº 3812-2002-LAMBAYEQUE (Lima, diecinueve de mayo del dos mil tres).-**

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, Vista la causa Número tres mil ochocientos doce - dos mil dos; con los acompañados, en Audiencia Pública de la fecha, producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia; MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas doscientos veintiocho por don Juan Francisco Corrales Bazán contra la resolución de vista de fojas doscientos dieciocho, su fecha veinticuatro de octubre del dos mil dos, expedida por la Segunda Sala Civil Agraria de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, revocó la sentencia apelada de fojas ciento ochentitrés, su fecha diecisiete de abril del dos mil dos; que declaró fundada la demanda y reformándola la declaró improcedente; FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Que esta Corte Casatoria por resolución del quince de enero del dos mil tres, estimó procedente el recurso por las causales de los incisos primero, segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil relativas a la aplicación indebida, inaplicación de una norma de derecho material y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, respectivamente, por cuanto señaló para la primera causal que se aplicó indebidamente lo dispuesto por el artículo trescientos quince del Código Civil según el cual se requiere del acuerdo de los cónyuges sobre disposición de bienes sociales, al considerarse la pre existencia dentro de la sociedad conyugal de un bien inexistente en ella que a su vez ha sido



materia de transferencia y cuya enajenación requería supuestamente la manifestación de voluntad de ambos cónyuges, no obstante que se trata de un bien que no pertenecía a esa sociedad conyugal, incluso el considerando quinto de la sentencia de vista expedida en el Expediente Numero mil novecientos noventinueve - cuatro mil ciento dos (acompañado) expone que Anselmo Pérez Coronel no ha transferido la propiedad del bien señalado y lógicamente no podía realizarlo por no ser propietario él ni su esposa; por consiguiente dicho inmueble nunca pasó a ser parte de la sociedad de gananciales, además en el considerando sexto de la mencionada resolución se establece que la propiedad del bien reposa sobre Mutua Chiclayo en Liquidación; siendo ello así se han aplicado indebidamente los artículos doscientos noventidós del Código Civil que se refiere a la representación de la sociedad conyugal y ciento sesentiuno del mismo Código sobre la representación directa sin poder, por cuanto el bien sub materia no estuvo incorporado al patrimonio de la sociedad conyugal; por consiguiente María Fernández Díaz de Coronel no tuvo derecho sobre el citado inmueble y por ello tampoco podría haber sido excluida del acto jurídico por cuanto éste no existió, subsecuentemente también se ha aplicado indebidamente el artículo mil cuatrocientos treinticinco del Código Civil referido a los contratos de cesión de posición contractual; Para la segunda causal señala que se ha inaplicado el artículo mil quinientos cuarentinueve del Código Sustantivo que establece la obligación del vendedor de perfeccionar la transferencia y el artículo mil quinientos cincuentiuno del acotado referido a la obligación del vendedor de entregar los documentos relativos a la propiedad. Para la tercera causal expresa que se han contravenido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso porque de acuerdo al artículo ciento treintinueve de la Constitución del Estado ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada, por lo tanto la Ejecutoria Superior del Expediente Numero mil novecientos noventinueve - cuatro mil ciento dos tiene la autoridad de cosa juzgada respecto a María Fernández de Coronel; así mismo en el presente proceso se declaró nula la resolución que integró a dicha persona como litisconsorte necesario, la que fue confirmada por la Sala Superior, por lo que devendría en inoficioso aceptar la intervención de la citada; y CONSIDERANDO: Primero.- Que, el recurrente ha sustentado la causal adjetiva en la vulneración de la cosa juzgada por parte de la Corte Superior, por cuanto por Ejecutoria Superior, expedida en el Expediente Número mil novecientos noventinueve - cuatro mil ciento dos acompañado, se declaró improcedente la demanda de otorgamiento de Escritura Pública de compraventa incoada por el demandante Juan Francisco Corrales Bazán contra Anselmo Coronel Pérez y su esposa doña María Fernández de Coronel, señalándose en dicha resolución que los citados demandados no son propietarios del

predio sub materia; sin embargo, contrariamente a ello, en la presente causa, el Ad-quem sostuvo que la propiedad sí les corresponde a dichos cónyuges por cuanto existió transferencia en su favor por parte de la propietaria originaria, considerando así mismo que debió intervenir doña María Fernández en el contrato de cesión en favor del demandante por tratarse el predio de un bien social, aceptando de dicha manera la intervención de la indicada; Segundo.- Que, al respecto debe señalarse que en un proceso de otorgamiento de escritura pública, como el resuelto en el expediente acompañado, no se discute el derecho que les pueda corresponder a las partes en el acto efectuado, sino únicamente se analiza el fiel cumplimiento de las formalidades requeridas para dicho otorgamiento, por lo que no puede configurarse la vulneración al principio de cosa juzgada consagrado en el artículo ciento treintinueve inciso trece de la Carta Magna, concordado con el artículo ciento veintitrés del Código Procesal Civil, más aún si la amplia doctrina procesal está orientada a establecer que la cosa juzgada se circunscribe en la parte resolutive de una resolución y no en su parte considerativa y en este caso, la resolución que alude el recurrente ha declarado tan sólo la improcedencia de la demanda; Tercero.- Que por otro lado, en cuanto a las causales sustantivas, se ha denunciado la inaplicación del artículo mil quinientos cuarentinueve del Código Civil según el cual es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien; así también la inaplicación del artículo mil quinientos cincuentiuno del acotado que está referido a la obligación que tiene el vendedor de entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad, salvo pacto distinto; Cuarto.- Que, del análisis de la resolución recurrida se aprecia que la Corte ha establecido que la propiedad del Lote cincuentinueve, Manzana "Q" de la Urbanización Carlos Stein Chávéz, Chiclayo le corresponde a don Anselmo Coronel y a su esposa y que si bien el primero de los nombrados celebra contrato de cesión en favor del actor, en dicho acto no intervino la esposa del otorgante, lo que era necesario al constituir el predio sub materia un bien social; y estando a dichas conclusiones, resultan inaplicables las normas en alusión, toda vez que al faltar la intervención de la cónyuge en el contrato de cesión, dicho acto no puede surtir efectos y en tal sentido, mal puede el actor exigir el cumplimiento de las prestaciones que emanan del contrato de compra venta ; Quinto.- Que, se ha denunciado así mismo, la aplicación indebida de los artículos trescientos quince del Código Civil a tenor del cual para disponer de un bien social se requiere de la intervención del marido y mujer, empero cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro; doscientos noventidós del mismo Código referido a que la representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, sin embargo cualquiera de ellos puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial y

finalmente se acusa la aplicación indebida del artículo ciento sesentiuno del acotado que regula la representación directa sin poder, Sexto.- Que al respecto, cabe señalar que el recurrente como fundamento de la causal precitada sostiene que el bien sub materia no pertenece a la sociedad conyugal Pérez - Fernández como consta de lo resuelto en el proceso acompañado; empero, tal denuncia como puede notarse se funda en la prueba, cuyo análisis es ajeno a la labor casatoria por lo que la causal de aplicación indebida invocada no puede prosperar, tanto más si conforme se ha señalado precedentemente, el Colegiado Superior ha establecido que el inmueble sub-litis constituye un bien social de la sociedad conyugal en referencia; Sétimo.- Por tales consideraciones y en aplicación del artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas doscientos veintiocho contra la resolución de vista de fojas doscientos dieciocho, su fecha veinticuatro de octubre del dos mil dos; CONDENARON al recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de una Unidad de Referencia Procesal; ORDENARON se publique la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano"; en los seguidos con Mutual Chiclayo en Liquidación, sobre Otorgamiento de Escritura Pública; y los devolvieron.-

**JURISPRUDENCIA 8: CASACIÓN Nº 3567-2002. ALCANCES DE LA SOCIEDAD DE GANACIALES EN EL TEMA DE LA REPRESENTACIÓN, Y SU DIFERENCIA CON EL REGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. FECHA DE EMISIÓN: 20-06-2003.**

**SUMILLA:** La norma invocada como de aplicación indebida, fue debidamente aplicada por el juzgador. en virtud de ella el cónyuge agraviado puede pedir la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por uno de separación de patrimonios, siempre que el otro cónyuge haya usado sus facultades con dolo o culpa y esto sea acreditado

**CASACIÓN Nº 3567-2002-LAMBAYEQUE (Lima 20-06-2003)**

VISTOS; Con el acompañado y verificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del recurso; y ATENDIENDO:

PRIMERO.- El recurrente no ha consentido de la sentencia de primera instancia que le ha sido adversa, por lo que satisface el requisito de procedencia del recurso previsto por el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil.

SEGUNDO.- El impugnante, invocando la causal prevista en el inciso 1 del artículo 386 del Código Procesal Civil, denuncia casatoriamente la aplicación indebida del artículo 329 del Código Civil. Sostiene que la administración de los bienes sociales la asume uno de los cónyuges si el otro está impedido por haber abandonado el hogar. Agrega que la demandante ha hecho abandono de hogar, siendo que dicho acto no

requiere de mayor prueba, porque no se trata de la causal de separación de cuerpos. Sostiene, además, que el hecho de haber hipotecado el inmueble donde reside no significa que haya abusado de sus facultades de administración, pues dicho gravamen ha sido cancelado y levantado por su parte. Concluye señalando que la citada norma no es aplicable al caso de autos por no haberse producido abuso alguno en la administración del bien de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cuando se denuncia la aplicación indebida de una norma de derecho material, ésta debe referirse a que el Juzgador aplicó una norma impertinente para dirimir la controversia. Pues bien. La citada norma resulta pertinente para dirimir la controversia, pues, en virtud de ella, el cónyuge agraviado puede solicitar la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de patrimonios siempre que acredite que el otro haya usado de las facultades que le correspondían o haya actuado con dolo o culpa. Por tanto, el recurso, por la citada causal, deviene en improcedente.

TERCERO.- Asimismo, el recurrente, invocando la causal de casación prevista en el inciso 3 del artículo 388 del Código adjetivo, denuncia la contravención del artículo 197 del Código Procesal Civil. Sostiene que la Sala no ha tenido en cuenta que la hipoteca del inmueble en cuestión ha sido cancelada y levantada por su parte. Sin embargo, revisada la sentencia impugnada, que recoge los fundamentos de la sentencia de primera instancia, no se advierte contravención de norma alguna que garantice el derecho al debido proceso, encontrándose motivada fáctica y jurídicamente, sujetándose al mérito de lo actuado y al derecho. Es más, lo que en el fondo pretende el recurrente es la revaloración de las pruebas aportadas en el decurso del proceso con la finalidad de que esta Sala cambie el sentido de la decisión, lo que no es viable en casación. Por tales argumentos, el recurso por la causal anotada, igualmente, deviene en improcedente.

CUARTO.- Finalmente, el impugnante, bajo la misma causal, denuncia la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales. Arguye que se ha infringido lo dispuesto por el artículo 50 del Código Procesal Civil, pues quien desarrolló la audiencia de pruebas fue la Jueza Marena Mendoza Sánchez, sin embargo, expidió sentencia la Jueza Graciela Cuiquita Contreras, sin que la primera de las nombradas haya sido promovida o separada del proceso. Sin embargo, la denuncia por la citada causal resulta improcedente toda vez que ello no es causal de nulidad, pues la Jueza Graciela Cuiquita Contreras cumplió con avocarse al conocimiento de los autos, habiendo cumplido el proceso con su finalidad. Cabe señalar que en la audiencia de pruebas, cuya acta corre a fojas doscientos cuarentitrés, no se actuaron pruebas, puesto que éstas eran netamente documentales, por lo que declarar la nulidad de la misma no tendría sentido.

Por las razones anotadas y en observancia de lo dispuesto por el artículo 392 del Código Procesal Civil: Declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto por don Eusebio Cachay Capuñay, en los seguidos con doña María Concepción Peralta Camacho; sobre sustitución judicial de Régimen de Sociedad de Gananciales, CONDENARON al recurrente al pago de una multa de tres Unidades de Referencia Procesal, así como las costas y costos originados en la tramitación del recurso; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad y los devolvieron.-

**JURISPRUDENCIA 9: CASACION Nº 1914-2007. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES SOCIALES (Lima 13-08-2007).**

**SUMILLA:** Se debe de aplicar el artículo 315° del C.C, sobre la no participación de uno de los cónyuges para la disposición de los bienes sociales.

**CAS. Nº 1914-2007 CONO NORTE (Lima, trece de agosto de dos mil siete).-**

VISTOS; y CONSIDERANDO: Primero.- Que, el recurso de casación interpuesto por Herminia Huamani Alca de Rodríguez a fojas trescientos noventitrés cumple con los requisitos de forma previstos para su admisibilidad establecidos en el artículo trescientos ochentisiete del Código Procesal Civil; Segundo.- Que, como sustento de su recurso invoca las causales contenidas en los incisos primero y segundo del artículo trescientos ochentiséis del mismo Código, esto es, la aplicación indebida e interpretación errónea de normas de derecho material y la inaplicación de la doctrina jurisprudencial, bajo el fundamento que: 1) se ha aplicado indebidamente el artículo mil quinientos veintinueve del Código Civil, señalando que ha interpuesto la demanda de nulidad del contrato de compraventa de fecha veintiuno de marzo de mil novecientos noventinueve, basado en el artículo doscientos diecinueve incisos primero y sexto del Código Civil, concordante con el artículo trescientos quince del mismo cuerpo de leyes, en donde no interviene como cónyuge, siendo que en ningún momento ha manifestado que el bien social que había adquirido con su cónyuge tenía la naturaleza de ser un bien de su propiedad o posesorio, ya que el acotado artículo trescientos quince no hace ese tipo de diferencia, en consecuencia, al aplicar el artículo mil quinientos veintinueve para determinar la validez o invalidez del contrato materia de litis se aleja de la materia en controversia, toda vez que sólo se debía de aplicar el artículo trescientos quince, sobre la no participación de uno de los cónyuges para la disposición de los bienes sociales. Además, sostiene que se ha aplicado el artículo novecientos uno del Código Civil con la finalidad de apartarse del artículo trescientos quince del mismo texto legal, sin embargo, en el extremo negado de seguir en el

razonamiento de la resolución impugnada, referido a lo que se transfirió con el contrato de compraventa fue la posesión, el A quem no ha tomado en cuenta el artículo ochocientos noventinueve del Código sustantivo. II) De otro lado, señala que se ha interpretado en forma errónea el artículo trescientos quince del Código Civil, por cuanto el Colegiado Superior parte de una premisa errada al considerar que por haber operado la transferencia de posesión del inmueble materia de litis, se extinguido su posesión por la traditio y que por ello resulta imposible anular la transferencia; sin embargo, sostiene la recurrente, que la Sala no ha tenido en cuenta que la norma denunciada no señala que la disposición de los bienes sociales tengan que ser en propiedad, toda vez que se refieren a éstos en forma abstracta. III) Finalmente, alega la inaplicación de la doctrina jurisprudencial; pues señala haber invocado ante el A quo la existencia de jurisprudencia reiterativa emitida por la Corte Suprema referida a la nulidad de Acto Jurídico basada en el artículo trescientos quince del Código Civil, pero que esta Sala Superior lo ha inaplicado. Tercero.- Que, en cuanto a la denuncia I), con los argumentos expuestos se pretende que por esta vía casatoria se reexamine el material probatorio, lo que no está permitido por la causal denunciada conforme lo prevé el artículo trescientos ochenticuatro del Código Procesal Civil; empero, cabe precisar que el artículo mil quinientos veintinueve del Código Civil, denunciado como aplicado indebidamente, ha sido aplicado por el Colegiado Superior, para determinar que lo que pretende la recurrente no es anular el acto jurídico de transferencia de propiedad, sino de posesión, lo que no procede, toda vez que dicho bien era de propiedad del estado. Por otro lado, la denuncia referida a que no se tomó en cuenta el artículo ochocientos noventinueve del Código Civil, referido a la coposesión, no resulta aplicable el presente caso, ya que con ello pretende la recurrente que se varíe la cuestión fáctica establecida por las instancias de mérito; Cuarto.- Que, respecto a la denuncia II), lo alegado por la recurrente, tampoco puede prosperar, si se tiene en cuenta que pretende también el reexamen del material probatorio, lo que no procede conforme se ha señalado precedentemente; sin embargo, debe indicarse que, si bien el artículo trescientos quince del Código Civil no establece distinción alguna en cuanto a la calidad de bien que se trate, al ser el presente caso sobre una transferencia de posesión, ésta se transmite por la tradición; Quinto.- Que, en lo que concierne a la denuncia III), referida a la inaplicación de la doctrina jurisprudencial, se tiene que la misma tampoco puede prosperar, por cuanto aún no existe ejecutorias supremas con esa calidad, conforme a los requisitos que exige el artículo cuatrocientos del Código Procesal acotado; Sexto.- Que, en consecuencia, el recurso no reúne los requisitos que prevé el acápite dos punto uno y dos punto dos del inciso segundo del artículo trescientos ochentiocho del Código Procesal Civil, y en aplicación del artículo

trescientos noventidós del mismo Código, declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos noventitrés por Florián Vicente Portal, en representación de Herminia Huamaní Alca de Rodríguez contra la sentencia de vista de fojas trescientos ochentidós, su fecha veintitrés de noviembre del dos mil seis; CONDENARON a la recurrente al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como a la multa de tres Unidades de Referencia Procesal; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Herminia Huamaní Alca de Rodríguez contra Edemia Edilisa Marcalaya Aquino y Otros, sobre Nulidad de Acto Jurídico; y los devolvieron; Vocal Ponente Señor Miranda Molina.-

**JURISPRUDENCIA 10: CASACIÓN Nº 2567-2007. SI EL INMUEBLE PERTENECE A LA SOCIEDAD CONYUGAL POR TANTO ES UN BIEN SOCIAL (Lima 23-08-2007)**

**SUMILLA:** Se debe embargar la totalidad del bien inmueble que pertenece a la sociedad conyugal y por lo tanto es un bien social, y no solo el cincuenta por ciento de las acciones y derechos. En sentencia de vista, se declara improcedente la solicitud de embargar la totalidad del inmueble, estimándose que debe recaer sobre el cincuenta por ciento de las acciones y derechos correspondientes al demandado; por tanto, la Sala de mérito ha incurrido en causal de nulidad prevista en los artículos 171 y 122 del Código Procesal Civil. Por tales consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2.1 del inciso 2 del artículo 396 del Código Procesal Civil: a) Declararon FUNDADO el recurso de Casación.

**CASACIÓN Nº 2567-2007 PIURA. Lima, veintitrés de agosto de dos mil siete.-**

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vista la causa número dos mil quinientos sesenta y siete guión dos mil siete, con los acompañados, en audiencia pública de la fecha y producida la votación correspondiente de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia: 1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata en el presente caso del recurso de casación interpuesto por el demandado Banco Wiese Sudameris contra la sentencia de vista de fojas cuatrocientos noventa, su fecha doce de marzo de dos mil siete, emitida por la Sala Civil Descentralizada de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura que, confirmando la sentencia apelada de fojas cuatrocientos treinta, su fecha doce de octubre de dos mil seis, declara Fundada la demanda; y, en consecuencia ordena que del precio que se obtenga en el remate o en adjudicación en pago del inmueble ubicado en la Manzana D-dos Lote veinte de la Primera Etapa de la Urbanización Jardín de Sullana, el Banco Wiese Sudameris pague al actor su crédito laboral reconocido en el proceso sobre pago de beneficios sociales; con lo demás que contiene. 2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO

PROCEDENTE EL RECURSO: La Sala mediante resolución de fecha veinte de junio último ha estimado procedente el recurso de casación por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, sustentado en que se habría vulnerado el artículo 122 inciso 4 del Código Procesal Civil, pues el recurrente sostiene que la Sala Superior no se ha pronunciado sobre los puntos de su apelación y los puntos controvertidos en cuanto se trata -el inmueble dado en garantía- de un bien social; tampoco se han brindado las garantías mínimas que aseguren una tutela jurisdiccional efectiva, atentando contra el debido proceso.

3. CONSIDERANDOS:

Primero.- Que el debido proceso está calificado como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a otorgar determinadas garantías para asegurar un juzgamiento imparcial, en tanto que el debido proceso sustantivo no solo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa.

Segundo.- Consecuentemente, la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, se configura cuando en el desarrollo de éste no se han respetado los derechos procesales de las partes; se han obviado o alterado actos de procedimiento; la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara trasgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Tercero.- Que el artículo 122 inciso 4 del Código Adjetivo señala que las resoluciones deben contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena; y, en ese sentido, conforme es de verse del escrito de apelación del demandado Banco Wiese Sudameris, denunció como agravio el hecho de que el inmueble materia del presente proceso pertenece a la sociedad conyugal formada por don Alejandro Agurto Andrade y doña Felicia Carrillo Rodríguez de Agurto; por tanto, es un bien social conforme aparece de la Ficha Registral número 007106 corriente a fojas cinco; que, asimismo, se desprende de la sentencia sobre pago de beneficios sociales, de fecha siete de noviembre del dos mil corriente a fojas doce, haberse declarado fundada en parte la demanda disponiéndose que el emplazado Alejandro Agurto Andrade (y no la sociedad conyugal) cumpla con pagar al demandante los beneficios sociales que se detallan en la citada resolución.

Cuarto.- Que, sin embargo, el Colegiado al confirmar la resolución apelada no se ha pronunciado sobre los agravios contenidos en el recurso de apelación interpuesto por el Banco recurrente, evidenciándose así la causal de contravención invocada, adoleciendo la sentencia impugnada de idónea motivación e incongruencia máxime si, conforme se aprecia de



la resolución de fojas dos aparejada con la demanda y fojas veintitrés del acompañado sobre medida cautelar recaída en el proceso sobre pago de beneficios sociales, de fecha veintiuno de junio del dos mil, se declara improcedente la solicitud de embargar la totalidad del inmueble, estimándose que debe recaer sobre el cincuenta por ciento de las acciones y derechos correspondientes al demandado Alejandro Agurto Andrade; por tanto, la Sala de mérito ha incurrido en causal de nulidad prevista en los artículos 171 y 122 del Código Procesal Civil.. 4. DECISIÓN: Por tales consideraciones, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2.1 del inciso 2 del artículo 396 del Código Procesal Civil: a) Declararon FUNDADO el recurso de casación de fojas cuatrocientos noventa y seis, subsanado a fojas quinientos diecisiete, interpuesto por el Banco Wiese Sudameris; en consecuencia NULA la sentencia de vista de fojas cuatrocientos noventa, su fecha doce de marzo de dos mil siete. b) ORDENARON que la Sala Civil Descentralizada de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura expida nueva resolución teniendo en cuenta las consideraciones precedentes. c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por don Emelesio Estrada Maldonado, sobre tercería preferente de pago; actuando como Vocal Ponente el señor Vásquez Vejarano; y los devolvieron.-

## **10.8.- ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIAS SELECCIONADAS DE LA CORTE SUPREMA.**

### **10.8.1.- ANÁLISIS DE LA PRIMERA JURISPRUDENCIA SELECCIONADA, NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN DE AMBOS CÓNYUGES. CASACIÓN Nº 2609-2002-LA LIBERTAD (Lima, 23/012003).**

**Sumilla:** Para disponer de los bienes sociales de conformidad con el artículo 315 se requiere necesariamente la intervención de ambos cónyuges; asimismo, al haberse constituido la garantía sólo con uno de los cónyuges se ha infringido el artículo 1099 inciso 1 del Código Civil concordante con el artículo 219 inciso 1 del mismo cuerpo de leyes, según el cual para la validez de la hipoteca es necesario que sea el propietario o la persona autorizada por ley quien afecte el bien dado en garantía.

**CASACIÓN Nº 2609-2002. LA LIBERTAD** (Lima, veintitrés de Enero del dos mil tres).-

VISTOS; con el acompañado y ATENDIENDO:

PRIMERO: El recurso de casación interpuesto cumple con las exigencias de forma establecidas para su admisibilidad; así como con el requisito de fondo previsto en el inciso 1 del artículo 388 del Código Procesal Civil.

SEGUNDO: La impugnante fundamenta su recurso sobre la base de las causales contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, referidas a la inaplicación de normas de derecho material y a la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.

TERCERO: La recurrente denuncia la inaplicación de los artículos 5 de la Constitución Política del Estado, 326, 315, 317, 303, 1099 inciso 1 y 219 inciso 1 del Código Civil, sosteniendo que para disponer de los bienes sociales de conformidad con el artículo 315 se requiere necesariamente la intervención de ambos cónyuges; asimismo, al haberse constituido la garantía sólo con uno de los cónyuges se ha infringido el artículo 1099 inciso 1 del Código Civil concordante con el artículo 219 inciso 1 del mismo cuerpo de leyes, según el cual para la validez de la hipoteca es necesario que sea el propietario o la persona autorizada por ley quien afecte el bien dado en garantía. Al respecto, debe manifestarse que el artículo 5 de la Constitución Política del Perú y el artículo 326 del Código Civil han sido tácitamente aplicados, toda vez que tanto en la sentencia de primera instancia como en la de vista, se ha reconocido la unión de hecho que data desde el año mil novecientos sesentisiete. Además, de los certificados de gravamen de fojas ciento cuarentidós a ciento cuarentisiete, se evidencia que los inmuebles objetos de litis figuran inscritos ante los Registros Públicos como bienes individuales de propiedad del demandado don Rolando Elías Ortecho Honores, por lo que en aplicación de la norma contenida en el artículo 2022, del Código Civil, la recurrente no puede oponer su derecho de cónyuge al de los demandados, no resultando por ende aplicable el artículo 315 del Código sustantivo. En cuanto al artículo 317 del Código Civil, tal como se desprende de fojas veinte del acompañado, la deuda cuyo incumplimiento generó el proceso de ejecución de garantías, corresponde al codemandado don Rolando Elías Ortecho Honores como persona natural y no como representante de la sociedad de gananciales, por lo que al no ser responsabilidad de ésta, dicha deuda, no resulta aplicable el numeral 317 antes citado. En relación a la inaplicación del artículo 303 del Código Civil, debe indicarse que éste no es aplicable en beneficio de la tercerista, si se tiene en cuenta que el fundamento del fallo es la aplicación del numeral 2022 del Código Civil. Respecto a los artículos 1099 inciso 1 y 219 inciso 1 del Código sustantivo, debe anotarse que no

resultan aplicables al presente caso, ya que en un proceso sobre tercería no se discute la validez de los actos jurídicos, sino la propiedad de los bienes afectados por medida cautelar o para la ejecución. En consecuencia este extremo del recurso deviene en improcedente.

CUARTO: Por otro lado, denuncia la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso; refiriendo que el Colegiado Superior ha transgredido lo dispuesto en el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, concordante con los artículos 196 y 197 del mismo cuerpo de leyes, por cuanto no ha valorado debidamente los medios probatorios aportados al proceso. Analizada la fundamentación expuesta, debe señalarse que ésta no cumple con lo establecido en el artículo 388, inciso 2, ordinal 2.3, del Código adjetivo, toda vez que carece de base real, ya que conforme se advierte de la sentencia recurrida esta se encuentra debidamente motivada, habiéndose valorado adecuadamente las pruebas ofrecidas.

Por las razones expuestas y en uso de la facultad prevista por el artículo 392 del Código Procesal Civil: declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación de fojas trescientos setentitrés, interpuesto por doña Edelsa Victoria Ubillús Velásquez; en los seguidos con el Banco de Crédito del Perú y otros, sobre tercería de propiedad; CONDENARON a la recurrente al pago de la multa de tres Unidades de Referencia Procesal, así como de las costas y costos originados en la tramitación del recurso; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; y los devolvieron. -

## **ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA.-**

### **A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:**

Se trata de un proceso de ejecución de garantías contra un inmueble propio de don Rolando Elías Ortecho Honores, quien a su vez mantiene una relación de convivencia con quien pretende impedir la ejecución alegando que no a participado en una relación jurídico patrimonial que generó el proceso de ejecución de garantías, por lo cual no resulta aplicable el artículo 315 del Código sustantivo, con lo cual contravendrían las prescripciones que para disponer de los bienes sociales de conformidad con el artículo citado se requieren necesariamente la intervención de ambos cónyuges; asimismo, al haberse constituido la garantía sólo con uno de los cónyuges se ha infringido el

artículo 1099 inciso 1 del Código Civil concordante con el artículo 219 inciso 1 del mismo cuerpo de leyes, según el cual para la validez de la hipoteca es necesario que sea el propietario o la persona autorizada por ley quien afecte el bien dado en garantía.

## **B) ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PERSONAL.**

**FUNDAMENTOS DE HECHO:** Consideramos que se encuentra acreditado que el bien materia de hipoteca es de propiedad de Rolando Elías Ortecho Honores, y no de los bienes comunes o sociales, que pertenecen al mismo y concubina. Por lo tanto, se ha constituido validamente la hipoteca en favor del acreedor, accionante.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

La actuación del demandado que suscribió con terceros la Escritura Pública de una relación jurídica obligacional con garantía hipotecaria, es plenamente valida, en la medida que actúa de manera personal y no como integrante de una sociedad de gananciales. Por lo tanto, la calificación jurídica legal es correcta.

## **C) CRÍTICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES**

### **1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:**

Al determinar los hechos, se ha realizado de manera eficiente, pues la Corte Suprema, tiene en cuenta todos los hechos que acreditan el acto.

### **2.- EN CUANTO AL DERECHO:**

Es coherente mencionar que en términos de **Pablo Navarro** sería un caso difícil, por que no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley. La casación analiza los alcances del Artículo 315º, y normas conexas, el mismo que regula la disposición, y gravamen de bienes sociales.

El suscrito estima, que entre los argumentos a destacar tendría que estar uno en el que se incida que el caso no es justiciable civilmente, en la

medida que los hechos que generaron el proceso litigioso, se encontraba perfectamente saneado y por lo tanto no podría derivar de él un proceso judicial, que en la practica lo único que consiguen es dilatar la solución del conflicto, por ello estimo que los argumentos no son sólidos, y suficientemente ponderados.

Asimismo considera que si bien la decisión final es correcta, al mismo tiempo verificamos que la fundamentación debió abordar la hipótesis de hecho del caso (bien inmueble que forma parte de la masa patrimonial de la sociedad conyugal) y si esta se subsume o en la norma invocada como la norma aplicable (actuación con poder suficiente por parte de uno de los cónyuges). Además el razonamiento, no está explícitamente desarrollado en términos del silogismo jurídico, y las justificaciones interna (silogismo) y externa del mismo (acreditación de los hechos con medios probatorios).

#### **10.8.2.- ANÁLISIS DE LA SEGUNDA JURISPRUDENCIA SELECCIONADA, AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER (TRANSFERENCIA, DIVISIÓN, PARTICIÓN) BIENES DE HIJOS MENORES. EXPEDIENTE N° 453-98 (8/04/98).**

**SUMILLA:** "El inciso 2 del artículo 448 del Código Civil establece que los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, entre otros actos, la partición extrajudicial, lo que es concordante con el artículo 987 del Código acotado que dispone que si alguno de los copropietarios es incapaz, la partición convencional se somete a la aprobación judicial"

(Exp. N° 453-98, Resolución del 8/04/98, Sexta Sala de Familia de la Corte Superior de Lima).

#### **ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA.-**

##### **A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:**

Se trata del poder especial, que debe autorizar el Juez a favor de los padres, en función de la representación que tienen estos correspondiente a la Patria Potestad. Las facultades no sólo son las de disponer bienes inmuebles

del menor sino también otros actos de disposición como son la partición extrajudicial, el constituir o cancelar gravámenes o cargas, entre otros. Las facultades de disposición tendrán que ser especiales, y no generales, específicas y concretas, y no genéricas y abstractas.

En ese sentido, una cláusula similar es establecer facultades, de la siguiente manera: Para que puedan entre otras facultades, disponer libremente, comprar, vender, permutar, independizar, hipotecar (constituir, modificar, cancelar, extinguir), transferir o arrendar, sin limitación alguna los bienes muebles e inmuebles, por el tiempo, precio, formas de pago y demás condiciones que estime conveniente, todo esto debe ser señalado en la autorización que deberá dar el Juez, a los padres que actúan en representación del hijo menor.

## **B) ARGUMENTACIÓN JURIDICA PERSONAL.**

### **FUNDAMENTOS DE HECHO:**

El extracto de la jurisprudencia glosada, nos permite señalar, que los padres en el ejercicio la patria potestad se encontraban celebrando partición extrajudicial, lo cual implica ejercer actos de disposición, para lo cual es necesario previa autorización judicial, lo cual en los hechos al parecer no se encontraban acreditados.

Aspecto discrepante es: Si cuando el Juez autoriza facultades de otorgar un poder especial (en el caso para celebrar una partición extrajudicial, gravar, hipotecar, vender bien inmueble, y otros), debería consignarse literalmente cuestiones, como por ejemplo decir: *“Celebrar una partición extrajudicial”* (es decir ser solamente expreso), o ir más allá del mero detalle, esto es a un nivel específico, en lo cual se estaría por señalar: *“Celebrar una partición extrajudicial respecto del inmueble sito en Avenida Perú, cercado de Lima, y que corre inscrito en la Partida Registral 1234, de sus menores hijos primus y secundus”*. Lo manifestado si bien parece de Perogrullo, sin embargo son aspectos que crean mucha confusión en los operadores del Derecho, y no ha sido superado hasta el día de hoy, ni mucho menos a merecido un

pronunciamiento de la autoridad judicial. El suscrito estima que el poder especial debe contener una precisión del nivel de lo expreso, y no de lo específico, sin embargo ello no implica que en el poder especial no se exija que este sea en forma indubitable, y es indubitable cuando un poder no genera dudas, pues las facultades se encuentran establecidas expresamente (admitiendo que por concordancia con los artículos 156, y 167 del C.C, el carácter expreso es además prescripción normativa).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

La referencia normativa que hace el Juzgador es la pertinente, en la medida que necesariamente los padres en el ejercicio de la patria potestad, y para los efectos de ejercitar facultades de disposición deberán contar con autorización del Juez. La calificación jurídica legal es correcta.

## **C) CRÍTICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES**

### **1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:**

Las facultades que pretendían ejercer los padres del menor (es) tenían que tener el carácter de poderes específicos, entre otros que faculden disponer los bienes inmuebles de los representados, como celebrar partición extrajudicial. Al determinar los hechos, se ha realizado de manera eficiente, pues el Juzgador, tuvo en cuenta todos los hechos que acreditan el acto.

### **2.- EN CUANTO AL DERECHO**

En términos de **Manuel Atienza**, sería un caso difícil, porque es un problema de calificación, toda vez que existen dudas sobre si el determinado hecho controvertido cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto contenido en el supuesto de hecho de la norma. La jurisprudencia analiza los alcances del Artículo 156º, el mismo que no menciona que dado un poder especial este deberá ser expreso, o específico, lo que si prescribe es que tiene que ser indubitable y por Escritura Pública. En nuestro país muchos operadores del Derecho, entienden que la exigencia del carácter “expreso”, viene de las exigencias de concordar el artículo 156º con el artículo 167º, norma está que si tiene la

exigencia de establecer un poder con carácter de “expreso, más no de específico.

El caso se trata de una representación o poder judicial, en la medida que el Juez es quien otorga la autorización para que los padres representen a sus hijos, dicha representación no se encuentra estipulado en una norma sustantiva, como si lo están, la representación voluntaria (artículo 156°), y la legal (artículo 167°). El suscrito estima, que estos son argumentos sólidos, y suficientemente ponderados. Asimismo considera que si bien la decisión es correcta, en la fundamentación debió abordar la hipótesis de hecho del caso (poder especial) y si esta se subsume o en la norma invocada como la norma aplicable. Deficiente es que el razonamiento, no está explícitamente desarrollado en términos del silogismo jurídico, y las justificaciones.

En la representación de Derecho de Familia, nunca debemos perder de vista el detalle peculiar que preside la regulación jurídica, y es que todo funciona sobre la base del principio de máxima protección de los intereses del menor, de hay la exigencia de la taxatividad de los actos que requieren, también, de la exigencia de autorización judicial. Si bien, no se desconoce algo básico, como que la facultad de administrar los bienes de los hijos permite a los padres poder disponer de ellos, sin embargo también establece que estos deben estar dentro de los límites que establece la ley. ¿Y cuales son esos limites?. La limitación de la autoridad de los padres sobre el patrimonio de los hijos, es que éstos no pueden: Enajenar o disponer, constituir o cancelar gravamen, ni contraer obligaciones que excedan los límites de su administración. Debe solicitar autorización al juez mediante solicitud en la que indique: La causa y fundamentación del pedido (Individualización del bien a disponer), y el valor del mismo. Con ello el juez evaluará la pretensión y otorgará la autorización judicial en beneficio del interés del hijo.

Es controvertido otro extremo del presente caso, y es que es necesario diferenciar los actos de administración, con los actos de disposición, en el sentido de que, normalmente, los primeros buscan la conservación, mientras



que los segundos, la salvaguarda o acrecentamiento del patrimonio. En la representación de Derecho de Familia, si bien los padres ejerzan la más amplia facultad de administrar los bienes de sus hijos, no obstante que la facultad se encuentra restringida para disponer de ellos, adviértase que la administración como tal tiene límites e implica, fundamentalmente, la obligación de cautelar efectivamente el patrimonio de los hijos.

Por otro lado, no debemos olvidarnos que originariamente esta norma se encontraba regulada en la institución de la tutela (artículo 522, CC. de 1936) y la remisión a ella se hacía al tratar el tema de la patria potestad. La esencia de la norma, y esto no es controvertido, es que por propia función y autoridad de los padres, por eso mal puede ser tratado el tema de la prohibición de disposición de los bienes de los hijos en una institución de protección auxiliar y por ello mismo supletoria, como es la tutela, debiendo ser regulado por la institución central, y principal, como es la patria potestad. La razón, el fundamento de regular expresamente y en especial algunos actos jurídicos se, da por el hecho de que éstos generan efectos determinantes para el patrimonio de los hijos, de allí que como cautela del destino y amplia administración de los bienes se dicta este dispositivo. Sin embargo, la protección no es plena para los intereses del menor pues pueden existir otros actos jurídicos que indirectamente comprometan su patrimonio y demás intereses dignos de tutela, como la propiedad intelectual (intelectual, e Industrial).

## **10.9.- PRECEDENTES DEL TRIBUNAL REGISTRAL.**

**PRECEDENTE 1: PARTICIPACIÓN DE AMBOS CÓNYUGES O DE SUS HEREDEROS EN ACTO JURÍDICO DE COMPRA VENTA. Resolución N° 046-96-ORLC/TR (Lima, 02 de Febrero de 1996).**

**SUMILLA:** No procede la inscripción de transferencia de un bien inmueble propiedad de la sociedad conyugal, mediante Escritura Publica de compra venta otorgada por un juzgado en rebeldía del vendedor, cuando los herederos de uno de los cónyuges con derecho inscrito, no han sido comprendidos en la demanda y no han ratificado dicha transferencia

**Resolución N° 046-96-ORLC/TR (Lima, 02 de Febrero de 1996).**

**Vista**, la apelación interpuesta por don LUIS URBINA CHAVARRY, presentante de la Notaria Publica de Lima J. Antonio Del Pozo Valdez (Hoja de Tramite N° 7246 del 30 de Junio de 1994) contra la observación de la Registradora del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima (Jurisdicción del Distrito de Punta Negra), formulada a la inscripción de la compra-venta que otorga el Duodécimo Juzgado Civil en rebeldía de Alfonso Garreta Massabo, a favor de los esposos Juan Ricardo Shiell Valdivia y Fabiola Adelina Bustos Higginson respecto del inmueble de la Avenida Central N° 220, correspondiente al Late 7 Mza. H2, Distrito de Punta Negra, inscrito en la Ficha N°86912 del respectivo Registro, a merito de la Escritura Publica de fecha 9 de Diciembre de 1993, otorgada ante el referido Notario. El Titulo fue presentado el 18 de Mayo 1994, bajo el N° 61440. La registradora observo el Titulo por cuanto: "Deben ratificar la venta los herederos de Dona Esther Calmet Carrillo quienes también tienen derecho inscrito sobre el inmueble materia de la transferencia, al no haber sido comprendidos en la demanda", y;

**CONSIDERANDO:**

Que, mediante el presente Titulo se solicita inscribir la Escritura Publica de compra venta, otorgada por el Duodécimo Juzgado Civil, por el cual se formaliza judicialmente el contrato de compra venta celebrado el 30 de Setiembre de 1983, entre Alfonso Garreta Massabo y Juan Ricardo Shiell Valdivia y cónyuge, después de concluirse el juicio iniciado mediante demanda del 3 de Noviembre de 1986.

Que, de la Partida Registral correspondiente al inmueble sub-materia, Ficha N° 86912 del Registro de la Propiedad Inmueble aparece inscrito en el asiento I-c) el dominio a favor de Alfonso Garreta Masabo y su cónyuge Esther Calmet Carrillo de Garreta en merito al Titulo NQ29961 del 16 de Julio de 1987; y en el asiento 2-c) la adquisición por parte del primero de los nombrados y Maria Esther, Consuelo Herlinda, Alfonso Jaime y Víctor Raúl Garreta Calmet, de las acciones y derechos que correspondían a Julia Esther Calmet Carrillo como consecuencia del fallecimiento producido el 11 de Diciembre de 1984.

Que, habiéndose celebrado el contrato de compra venta el 30 de Setiembre de bajo la vigencia del Código Civil de 1936, era de aplicación el Artículo 188 que ordenaba la intervención de la mujer cuando se trataba de disponer o gravar bienes a titulo gratuito u oneroso, según la modificación establecida por el Decreto N° 17838 del 30 de Setiembre de 1969.

Que, si bien don Juan Ricardo Shiell Valdivia y cónyuge no podrían aparentemente tener conocimiento formal de que el inmueble le pertenecía además ala cónyuge de Alfonso Garreta Masabo, porque a la fecha de la demanda aun no se había inscrito en el Registro la Propiedad a favor de los vendedores; ello no obsta para que se aplique

la norma antes indicada; correspondiendo, entonces, intervenir con su consentimiento a quienes detentan las acciones y derechos de la cónyuge fallecida, y;

Estando a lo acordado,

**SE RESUELVE:**

**Confirmar** la observación de la Registradora del Registro de la Propiedad Inmueble al Título referido en la parte expositiva, conforme a los argumentos glosados en las consideraciones precedentes.

**PRECEDENTE 2: PARTICIPACIÓN DE AMBOS CÓNYUGES PARA ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES. Resolución N° 053-96/ORLC-TR (Lima, 09 de Febrero de 1996).**

**SUMILLA:** Para los supuestos de adquisición de bienes inmuebles a favor de la sociedad conyugal, se requiere la intervención de ambos cónyuges, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 315° del código civil.

**Resolución N° 053-96/ORLC-TR (Lima, 09 de Febrero de 1996).**

Vista, la apelación interpuesta por el Señor Notario Publico Dr. JUAN CARLOS SOTOMAYOR VITELLA el 13 de diciembre de 1995 contra la observación de la Registradora Publica Dra. Francisca Abregu López, formulada a la solicitud de inscripción de la Compra- Venta de un Inmueble inscrito en la Ficha Registral N° 34469. El Título fue presentado el 31 de octubre de 1995 bajo el N° 2935. La Registradora observo la inscripción solicitada por cuanto "En el Contrato de *Compra Venta* no intervenía la cónyuge del comprador", y con el informe oral del Señor Abogado Dr. Juan Garazatua Nuñovero en representación del Notario Publico Doctor Juan Carlos Sotomayor Vitella", y;

**CONSIDERANDO:**

Que, el Título venido en grado corresponde a la solicitud de inscripción de la Compra Venta celebrada según escritura publica de fecha 17 de octubre de 1995 otorgada por ante Notario Publico Dr. Juan Carlos Sotomayor Vitella sobre el lote de terreno N° 24 de la Manzana "H" con frente a la Calle "B" de la Urbanización La Macarena, 2 Sector, del Distrito de la Perla, Provincia Constitucional del Callao, inscrito en la Ficha Registral N° 34469, en la cual intervienen como vendedor el Sr. Elias Casanova Urbina que adquirió el inmueble como bien propio en calidad de heredero y como comprador el Sr. Mario Raúl Chimayco Quispe casado, según declara en el exordio de la citada Escritura Publica, con la Sra. Gladys Rosario Higa Portuguez quien no participa en la suscripción de la correspondiente Minuta y consecuente Escritura Publica;

Que, la observación formulada por la Registrador Publica Dra. Francisca Abregu López, se sustenta en el texto del Segundo Párrafo del Art. 315° del Código Civil en el

cual se establece que la adquisición de bienes muebles por la sociedad conyugal puede realizarse por cualquiera de los cónyuges, por lo que al no estar mencionado los bienes inmuebles dada la exclusión, contrario sensu se concluye que estos han quedado exceptuados de esta regla, por lo que resulta imprescindible la intervención de ambos cónyuges;

Que, debe señalarse que los documentos que forman parte del Título observado no permiten reconocer que el adquirente del bien inmueble Sr. Mario Raúl Chimayco Quispe, haya hecho uso de un bien propio, ya sea en dinero o por subrogación de bienes, para adquirir el inmueble del Contrato de Compra-Venta cuya inscripción solicita, por lo que resulta de aplicación la Presunción recogida en el Inc. 1° del Art. 311° del Código Civil;

Que, la exclusión indicada en el segundo considerando proviene de una propuesta acogida por los legisladores del Código Civil, tanto por la Comisión Reformadora de este Código como por la Comisión Revisora del mismo conforme se establece de la lectura del Torno IV de la obra "Código Civil- Exposición de Motivos" compilada por la Dra. Delia Revoredo de Debakey, de la cual se colige que el Art. 315° fue expresamente redactado en su forma actual no pudiendo aducirse omisión alguna de su texto y que por lo demás el sentir del legislador fue obligar a los cónyuges a actuar conjuntamente en la adquisición de bienes inmuebles toda vez que ello implicaba una disposición de un bien, el dinero de la sociedad conyugal, cuya utilización debía proteger;

Que, el Art. 315° en revisión es concordante con el Art. 290° del Código Civil que reconoce la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges señalando que las cuestiones referentes a la economía del hogar deben ser tomadas por ambos, precepto dentro del cual se explica las restricciones de disposición de bienes inmuebles impuestas a los cónyuges;

Que, debe agregarse que el Art. 315° concuerda con el Art. 292° del Código Civil que reconoce la capacidad de cada cónyuge para actuar por separado en la atención de las necesidades ordinarias del hogar y los actos de administración y conservación, siendo que la compra de un bien inmueble a título oneroso no se condice con estas condiciones, conociendo en particular que tal necesidad ordinaria, de simple acto administrativo o de conservación, obra en la voluntad de los legisladores para flexibilizar la capacidad de los cónyuges para adquirir en forma separada únicamente bienes muebles;

Que, a mayor abundamiento la ausencia de la cónyuge del adquirente del inmueble, impediría dar cumplimiento al Art. 61° del Reglamento General de los Registros Públicos, compatible con el Art. 315° del Código Civil, por el cual se dispone que la

inscripción de los inmuebles y derechos inscribibles adquiridos durante el matrimonio, se extiende siempre en común, debiendo hacerse constar en el asiento los nombres y apellidos de los cónyuges, lo cual es un requisito formal imposible de acreditarse en el presente caso por la omisión de la intervención de la cónyuge del Sr Mario Raúl Chimayco Quispe, y;

Estando a lo acordado,

**SE RESUELVE:**

**Confirmar** la observación de la Registradora Publica de la Oficina Registral del Callao formulada al Título referido en la parte expositiva por los fundamentos expresado la presente Resolución.

**PRECEDENTE 3: BIENES PROPIOS O CUMUNES. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL No. 003 -2002- ORLC/TR (Lima, 04 de enero del 2002).**

**SUMILLA: Presunción de bien social.** Con la finalidad de enervar la presunción de bien social contenida en el inciso 1 del artículo 311° del Código Civil e inscribir un bien inmueble con la calidad de bien propio, no es suficiente la declaración efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL REGISTRAL No. 003 -2002- ORLC/TR (LIMA, 04 de enero 2002)**

APELANTE : LUIS MANUEL BALDOCEDA GARIAZO TÍTULO : N° 191475 del 16 de octubre de 2001 HOJA DE TRÁMITE : N° 49002 del 14 de noviembre de 2001  
REGISTRO : REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LIMA ACTO  
INSCRIBIBLE : COMPRAVENTA

**I DECISIÓN IMPUGNADA**

Se ha interpuesto apelación contra la observación formulada por el Registrador Público (e) Dr. Bruno Elder Ortiz Ferretto del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima. El Registrador denegó la inscripción por los siguientes fundamentos: " Se observa en el sentido que habiéndose señalado en la cláusula novena de la escritura adjunta, que el inmueble lo adquiere la cónyuge Nancy del Pilar Alania Contreras, en calidad de bien propio, con dinero proporcionado por el padre de la referida cónyuge, en consecuencia, deberá acreditarse en forma fehaciente adjuntando los documentos necesarios, no bastando con la declaración del cónyuge Percy Antonio Coria Vásquez para establecer tal calidad, toda vez que de conformidad con el artículo 311 del Código Civil, dentro del régimen matrimonial, todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario que enerve dicha presunción. Se tienen presentes las Resoluciones N° 020-96-ORLC/TR del 22 de enero de 1996 y N° 290-2000-ORLC/TR del 18 de setiembre de 2000, expedidas por el Tribunal Registral, en lo que resulten pertinentes. Base Legal: Artículos 302, 310, 311, 315, 2010 y 2011 del Código Civil;

artículos III y V del Título Preliminar; 7, 9, 32 y siguientes del Reglamento General de los Registros Públicos".

#### II ACTO CUYA INSCRIPCIÓN SE SOLICITA:

Se solicita la inscripción de la compraventa del Lote 10 de la Manzana Q, Primera Etapa de la Urbanización Mercurio del distrito de Los Olivos con un área de 160,00 m2. sobre el cual se ha efectuado una edificación de una sola planta, efectuada por Carmen Veneranda Donayre Villagarcía de Loyola y su esposo Hugo Loyola Galarza a favor de Nancy del Pilar Alania Contreras y su cónyuge Percy Antonio Coria Vásquez, en virtud del parte notarial de la escritura pública del 27 de agosto de 2001 extendida ante el notario Wilson A. Canelo Ramírez.

#### III ANTECEDENTE REGISTRAL

El inmueble materia de la compraventa se encuentra registrado en la ficha N° 178885 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima, cuya continuación corresponde a la partida electrónica N° 44110954, correspondiéndole el dominio a Carmen Veneranda Donayre Villagarcía de Loyola y su cónyuge Hugo Loyola Galarza, quienes obtuvieron su derecho en mérito a la adjudicación otorgada por la Cooperativa de Vivienda El Empleado Municipal Ltda. N° 408, conforme a la escritura pública del 17 de diciembre de 1999 extendida ante la notaria Loudelvi Yáñez Aspilcueta según consta del asiento C00001 de la citada partida electrónica.

#### IV PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES

Intervino el Dr. Samuel Gálvez Troncos como Vocal ponente.

A criterio de esta Sala la cuestión en discusión consiste en determinar si a efectos de enervar la presunción de bien social contenida en el inciso 1 del artículo 311 del Código Civil, resulta suficiente la declaración de bien propio efectuada por el otro cónyuge.

#### V ANÁLISIS

PRIMERO: En el título materia de grado, obra adjunto el parte notarial de la escritura pública de compraventa en cuya cláusula novena se expresa lo siguiente: "Interviene en este contrato el esposo de la compradora, Percy Antonio Coria Vásquez, declarando que el inmueble materia de compraventa es un bien propio de su esposa Nancy del Pilar Alania Contreras, porque el dinero que sirve para pagar el valor del inmueble ha sido proporcionado íntegramente por su padre, por lo que se hace expresa declaración".

SEGUNDO: El apelante sustenta su recurso señalando que el inciso 1 del artículo 311 del Código Civil no ha establecido que la probanza para enervar la presunción de bienes sociales deba ser necesariamente documental, por lo cual nada impide que la declaración de una de las partes resulte el medio idóneo para que el bien que se adquiere sea considerado propio.

TERCERO: De conformidad con el artículo 295 del Código Civil, antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, siendo que en este último caso se exige para su validez, el otorgamiento de escritura pública y su respectiva inscripción en el Registro Personal, de lo que se colige que al no haberse cumplido con dichos actos, deberá entenderse que los cónyuges eligieron el régimen patrimonial de sociedad de gananciales dentro del cual puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, según se desprende del artículo 301 del referido Código.

CUARTO: El artículo 302 del Código Civil contiene una lista de bienes propios mientras que el artículo 310 establece que son bienes sociales todos los no comprendidos en el artículo 302 e incluso los que cualquiera de los cónyuges adquiera por su trabajo, industria o profesión; así como los frutos y productos de todos los bienes propios y de la sociedad y las rentas de los derechos de autor e inventor.

QUINTO: Con la finalidad de establecer la calidad de los bienes dentro del régimen de sociedad de gananciales, el artículo 311 del Código contiene reglas para tal efecto, expresando en el inciso 1 que todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario; en el inciso 2, que los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron; y en el inciso 3, que si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior; sin embargo, es de verse que el inciso 1 del aludido artículo sólo ha establecido que la presunción se enervará salvo prueba en contrario, sin embargo, no aclara ni precisa qué clase de pruebas deben actuarse para dicho efecto.

SEXTO: Al respecto, Héctor Cornejo Chávez<sup>1</sup> señala que el artículo 311 contiene presunciones - juris tantum la primera y la última, y juris et de jure la segunda -, siendo que su objeto es facilitar la calificación de los bienes y evitar el peligro de que uno de los cónyuges o sus herederos resulten enriqueciéndose indebidamente a expensas del otro o de sus causahabientes.

SÉPTIMO: En la legislación comparada, y concretamente, en la española, Luis Díez Picazo y Antonio Gullón<sup>2</sup> señalan que el artículo 1361 del Código Civil Español establece una presunción de ganancialidad cuando señala que "se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer", presunción, que, conforme anotan los autores españoles, se circunscribe a los bienes adquiridos durante el matrimonio, porque respecto de los adquiridos antes, suele haber pruebas de la fecha de la

adquisición. Agrega que la presunción tiene el carácter de *juris tantum*, esto es, invierte la carga de la prueba de la condición privativa del bien hacia quien esto afirme, funcionando en el ámbito de las relaciones interpersonales entre los cónyuges y entre sus causahabientes, dentro del tráfico jurídico general, y en materia hipotecaria, para determinar las reglas de la inscripción de los bienes en el Registro de la Propiedad, por cuanto al tratarse de una presunción *juris tantum* puede ser destruida por el juego de las pruebas de todas clases.

OCTAVO: Refiriéndose, asimismo, Díez Picazo y Gullón **3** al artículo 1324 del Código Civil Español, los autores señalan que dicha norma contiene una regla de extraordinaria importancia. Según su tenor, "para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges". En tal caso, la confesión vale como prueba de que un determinado bien es propiedad del otro cónyuge, agregando el autor que la confesión tiene una extraordinaria fuerza en el tráfico jurídico toda vez que el otro inscribe a su favor en el Registro de la Propiedad el bien inmueble y puede disponer por sí mismo sin necesidad de ningún consentimiento del confesante o autorización judicial.

NOVENO: En nuestro ordenamiento no se incluye una norma en tal sentido. Alex Plácido Vilcachagua, **4** comentando sobre la prueba de la calidad de bien propio expone: "De otra parte, como una regla de prueba, sin referirse a la naturaleza de los bienes, se presume que todos los bienes son sociales si no se prueba su carácter propio (artículo 311, inciso 1 Código Civil). Se trata de una presunción basada en razones de utilidad y verosimilitud. Juega en favor de ambos cónyuges, y no de uno solo de ellos, y es susceptible de prueba en contrario. Al respecto, la jurisprudencia ha acentuado el carácter de esta presunción a favor de la sociabilidad al exigir de modo riguroso la prueba de que determinados bienes son propios de los esposos, pues tratando de salvaguardar el derecho de los terceros, no admite que la propia declaración (confesión) - aun por escritura pública- de un cónyuge de haber realizado una adquisición con dinero del otro sea bastante para dar al bien adquirido carácter no social, por no ser suficiente dicha confesión para destruir la presunción".

DÉCIMO: De lo expresado en los tres últimos puntos y en relación a la presunción de ganancialidad, se aprecia que en el Código Civil Español, a diferencia del Código Civil Peruano, está permitido que para efectos registrales, dicha presunción sea enervada mediante la actuación de cualquier tipo de pruebas, inclusive, la declaración o confesión del otro cónyuge en tal sentido.



UNDÉCIMO: El artículo 61 del Reglamento de las Inscripciones señala que la inscripción de los inmuebles y derechos adquiridos durante el matrimonio, se extenderá siempre con la calidad de comunes debiendo hacerse constar en el asiento los nombres y apellidos de los cónyuges, salvo que presente el título que justifique la calidad de propios en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 177 del Código Civil (la referencia es al Código de 1936) - norma parecida a la contenida en los incisos 1 y 2 del artículo 311 del actual Código - o resolución judicial que les asigne esa calidad.

DUODÉCIMO: Este órgano colegiado ha expresado, en reiterada y uniforme jurisprudencia, como la Resolución N° 020-96-ORLC/TR del 22 de enero de 1996, Resolución N° 275-97-ORLC/TR del 30 de junio de 1997 y la Resolución N° 290-2000-ORLC/TR del 18 de setiembre de 2000, que si bien la manifestación del adquirente del inmueble, acompañada del asentimiento del otro cónyuge constituye un acto de reconocimiento de la calidad del inmueble como un bien propio, no es menos cierto que dicha manifestación se efectúa desprovista de pruebas, incumpléndose por ende con los requisitos necesarios para enervar los alcances de la presunción juris tantum contenida en el artículo 311 del Código Civil; y, siendo que en el presente caso sólo consta la declaración del cónyuge para señalar que el bien que se adquiere tiene la calidad de bien propio del otro cónyuge, no habiéndose adjuntado en cambio los títulos idóneos que acrediten que el dinero que sirve para cancelar el precio del bien, tenga la calidad de propio, y por tanto, sea aplicable la presunción contenida en el inciso 2 del referido artículo 311 (...) "los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron", debe concluirse en que el bien adquirido por compraventa deberá inscribirse con la calidad de bien social a favor de la sociedad conyugal constituida por Nancy del Pilar Alania Contreras y su cónyuge Percy Antonio Coria Vásquez, salvo que se adjunten los instrumentos públicos que desvirtúen dicha calidad, dentro del plazo previsto en el artículo 162 del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución N° 195-2001-SUNARP/SN del 19 de julio de 2001.

DECIMOTERCERO: Con respecto a lo manifestado por el apelante, cabe indicar que si bien la declaración de parte constituye una prueba dentro del proceso, acorde con lo previsto en el inciso 1 del artículo 192 del Código Procesal Civil, y que en su calidad de medio probatorio tiene como finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes dentro del proceso, producir certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones conforme se desprende del artículo 188 del código adjetivo, su actuación se circunscribe al ámbito del proceso civil, de naturaleza contenciosa, no siendo válido, en cambio, que se pretenda acreditar la calidad de bien propio y se inscriba de ese modo en el Registro con la sola declaración

de uno de los cónyuges, toda vez que el procedimiento registral tiene una naturaleza especial, no contenciosa.

DECIMOCUARTO: De conformidad con la facultad de calificación integral que tiene el Tribunal Registral, acorde con lo previsto en el artículo 31 del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por Resolución N° 195-2001-SUNARP/SN del 19 de julio de 2001, debe indicarse que al revisar el parte notarial adjunto al título sub materia se advierte que en la introducción de la escritura pública se señala que ésta ha sido extendida ante el notario Wilson A. Canelo Ramírez, sin embargo, de la conclusión aparece que el instrumento público ha sido suscrito por el notario José Moreyra Pelosi, no habiéndose dejado constancia de dicha circunstancia, razón por la cual, deberá proceder a efectuarse la aclaración correspondiente, o adjuntarse el título que guarde las formalidades de los artículos 83 u 85 de la Ley del Notariado, dentro del plazo previsto en el artículo 162 del referido Reglamento.

DECIMOQUINTO: De conformidad con el Numeral V del Título Preliminar, artículos 31 y 40 del Reglamento General de los Registros Públicos, artículo 2011 del Código Civil, y la reiterada jurisprudencia registral, como las expresadas en las Resoluciones N° 020-96-ORLC/TR del 22 de enero de 1996; N° 275-97-ORLC/TR del 30 de junio de 1997 y N° 290-2000-ORLC/TR del 18 de setiembre de 2000, resulta procedente ordenar la presente inscripción siempre que se efectúe lo indicado en los puntos duodécimo y décimocuarto del análisis.

DECIMOSEXTO: En aplicación del artículo 158 del Reglamento General de los Registros Públicos y atendiendo a que se ha interpretado de modo expreso y con carácter general el sentido de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, corresponde declarar que esta resolución establece un precedente de observancia obligatoria en la aplicación del enunciado expresado en la parte resolutive de la presente resolución y, por ende corresponde disponer su publicación en el diario oficial "El Peruano". De conformidad con la Resolución N° 2360-2000-ORLC/JE del 19 de octubre de 2000.

#### VI RESOLUCIÓN

PRIMERO: CONFIRMAR la observación formulada por el Registrador Público (e) del Registro de Propiedad Inmueble de Lima al título referido en la parte expositiva y AMPLIARLA, declarando que el mismo podrá acceder al Registro siempre que se cumpla con lo señalado en el penúltimo punto del análisis precedente, en el plazo estipulado por el artículo 162 del Reglamento General de los Registros Públicos.

SEGUNDO: DECLARAR que la presente resolución, constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente enunciado:

"Presunción de bien social. Con la finalidad de enervar la presunción de bien social contenida en el inciso 1 del artículo 311 del Código Civil e inscribir un bien inmueble con la calidad de bien propio, no es suficiente la declaración efectuada por el otro cónyuge contenida en la escritura pública de compraventa".

1 Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil. Compilación por Delia Revoredo de Deakey. Tercera Edición. Lima, Perú, 1988, pág. 465. 2 DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Séptima Edición. España, 2000, pág. 157. 3 DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Op. cit. pág. 186 y 187. 4 PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex. Temas de Derecho. Colegio de Abogados de Lima. Lima Perú, 1997. Págs. 164 -165.

**PRECEDENTE 4: CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES. Resolución N° 085-2000- ORLC/TR (Lima, 24 de marzo del 2000).**

**SUMILLA:** La prohibición de no inscribir actos societarios en los que los cónyuges aparezcan contratando separadamente regulado en el artículo 27 del Reglamento del Registro Mercantil, debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 312° del Código Civil vigente, norma posterior y de mayor rango legal, que modifica la disposición reglamentaria, por lo que dentro del régimen de sociedad de gananciales resulta factible la contratación entre cónyuges respecto de los bienes propios de cada uno de ellos.

**Resolución N° 085-2000- ORLC/TR.**

(...)El Registrador denegó la solicitud de inscripción por los siguientes fundamentos: 1. Los cónyuges no pueden contratar entre si.- Por cuanto en la presente escritura de constitución de sociedad, intervienen los cónyuges Marina Consuelo Charún Farfán y Carlos María Luque Barraza, interviniendo separadamente como socios de la sociedad, cual contraviene el art. 27 del Reglamento del Registro Mercantil que señala que "No son inscribibles las escrituras de sociedad en las cuales los cónyuges aparezcan contratando separadamente", es decir, que la prohibición radica en que los cónyuges sean socios en forma separada, salvo que se encuentre inscrito el régimen de separación de patrimonios, por lo que se deberá adecuar a ley. Sobre este punto señala en su escrito que la restricción de la norma es solamente respecto de los bienes de la sociedad conyugal, por lo que está permitido la contratación entre cónyuges cuando se trata de sus bienes propios- sin embargo, el aporte efectuado es en dinero en efectivo, que por la naturaleza del mismo se presume ser un bien social, en tanto los aportes efectuados por cada socio lo hacen en mérito a documentos privados insertos que carecen de fecha cierta, de manera que no se encuentra

debidamente acreditado la calidad de bien propio y por tanto rige la presunción legal prevista en el art. 311° inciso 1 del Código Civil. 2. Debe aclararse la mayoría requerida para adoptar acuerdos del art. 10° del estatuto social.- Por cuanto en el art. 10° del estatuto social se señala que "Los acuerdos de las juntas serán adoptados por mayoría de socios que representen no menos del 70% de las participaciones suscritas y pagadas", lo que resulta observable ya que este porcentaje para adoptar acuerdos es mayor al quórum calificado que se establece en el citado artículo del estatuto. En consecuencia, puede formarse el quórum de la junta general, tanto en primera convocatoria (2/3 de las participaciones suscritas) como en segunda convocatoria (al menos las 3/5 de las participaciones suscritas), pero ese quórum no resulta suficiente para adoptar acuerdos ya que se requiere la mayoría de no menos del 70% del total de las participaciones sociales, por lo que puede darse el caso que se forme quórum y no se pueda adoptar acuerdos. En cuanto a este punto de la esquila, el quórum si bien es conforme a ley; sin embargo podría darse el caso que con el quórum previsto en dichas convocatorias, no se adopten acuerdos, ya que resulta insuficiente para la mayoría del 70% del total de participaciones sociales, ya que en primera convocatoria sólo se requiere del 2/3 (66.66%) de las participaciones y en segunda convocatoria 3/5 (60%) de las mismas, siendo estos dos últimos porcentajes menores a la mayoría requerida para adoptar acuerdos, por lo que deberá regularse lo concerniente a la adopción de acuerdos en armonía al quórum exigido;

Que, mediante el título venido en grado se solicita la inscripción de la constitución de una sociedad comercial de responsabilidad limitada denominada (...)

Que, al respecto, si bien según lo establece el artículo 27° del Reglamento del Registro Mercantil no son inscribibles las escrituras de sociedad en las cuales los cónyuges aparezcan contratando separadamente, también lo es que el referido reglamento fue aprobado en el año 1969 por la Corte Suprema de la República, por consiguiente, sus disposiciones guardan concordancia y reglamentan las normas vigentes en ese momento, tales como la Ley de Sociedades Mercantiles y el Código Civil de 1936; en ese sentido, el precitado artículo 27° del Reglamento del Registro Mercantil tiene como sustento la disposición contenida en el artículo 1339 del derogado Código Civil de 1936, que establecía la prohibición de contratar entre cónyuges si no es para el otorgamiento de poderes;

Que, actualmente del tratamiento normativo sobre el tema, se aprecia que el artículo 312° del Código Civil establece que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad; en ese sentido, teniendo en cuenta que el artículo 301° del citado Código señala que en el régimen de sociedad de gananciales

puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad, entendido éstos últimos como los bienes sociales; por consiguiente, de ambos artículos se concluye que los cónyuges pueden celebrar contratos entre

sí tratándose de los bienes propios lo cual concuerda con el artículo 303° del citado Código que preceptúa que cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos y gravarlos;

Que, en consecuencia, la prohibición de contratar entre cónyuges en forma separada establecida en el artículo 27° del Reglamento del Registro Mercantil debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 312° del Código Civil, norma posterior y de mayor rango legal, que modifica la disposición reglamentaria no haciendo una prohibición absoluta, de ahí que aquella debe ser entendida conforme a la disposición civil precitada; por consiguiente, dentro del régimen de sociedad de gananciales resulta factible la contratación entre cónyuges respecto de sus bienes propios; corresponde entonces revocar el extremo de la observación en el que se señala que los cónyuges no pueden constituir sociedad salvo que se encuentre inscrito el régimen de separación de patrimonios;

Que, en razón de ello, para el presente caso se debe tener en cuenta que el artículo 311° del Código Civil en su inciso primero, señala que todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario; por consiguiente, para establecer el carácter de bienes propios ello debe ser acreditado a efectos de enervar la presunción juris tantum contenida en la referida norma;

Que, para acreditar la calidad de bienes propios se insertan en el parte notarial sub-examine documentos privados que contienen contratos con los que se pretende probar la procedencia del dinero aportado para el capital social de la persona jurídica que se constituye, los que tendrían su origen en obligaciones adquiridas antes de la celebración del matrimonio de los socios; sin embargo, los referidos documentos no contienen fecha cierta que acredite en forma indubitable en qué momento se suscribieron los contratos, fecha que resulta importante acreditarse porque determina la calidad de los bienes propios ante el Registro; esto es concordante con la jurisprudencia de este Tribunal, expresada en la Resolución 433-98-ORLC/TR, que ha establecido que los documentos para acreditar la fecha de celebración de un acto sean documentos fehacientes en cuanto a su fecha, y por ello, en ausencia de regulación registral sobre la materia, ha considerado pertinente aplicar la norma contenida en el artículo 245° del Código Procesal Civil, por el cual un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal desde su presentación ante funcionario o ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas (inciso 2 y 3);

Que, adicionalmente debe tenerse en cuenta, que la ley sólo permite contratar entre cónyuges cuando se trata de sus bienes propios y, ante la duda sobre su calidad o imposibilidad de probarla la ley dice que se presume que son sociales (normas de orden público), porque no siempre es posible fijar el origen de algunos de los bienes de la sociedad conyugal, la averiguación puede ser complicada y además, los bienes no siempre permanecen en su primitiva condición; asimismo, el Reglamento de las Inscripciones, en su artículo 61, establece que los bienes y derechos adquiridos durante el matrimonio se extienden siempre con la calidad de comunes, salvo que se presente *el título que justifique la calidad de propios o resolución judicial*, según los casos a que se refiere el artículo 177° del Código Civil de 1936, hoy artículo 302° del Código Civil vigente; norma que se basa en la documentación pública o auténtica que impera en el Registro, y que refuerza el principio de legalidad, conforme al artículo 2010° del Código Civil y a la Segunda Sección, Título II, Capítulo I “De los títulos” del Reglamento General de los Registros Públicos;

Que, en consecuencia, los documentos privados presentados no acreditan la calidad de bienes propios de los aportes ante el Registro;

Que, sobre el segundo extremo de la observación referido al quórum calificado establecido en el artículo décimo del estatuto social, éste señala que para la instalación en primera convocatoria se requiere la concurrencia de dos tercios de las participaciones suscritas con derecho a voto y en segunda convocatoria bastará la concurrencia de al menos tres quintas partes de las participaciones suscritas con derecho a voto; en ambos casos los acuerdos se adoptarán por mayoría de socios que representen no menos del setenta por ciento de las participaciones suscritas y pagadas;

Que, el segundo párrafo del artículo 127° de la Ley General de Sociedades permite que se puedan establecer quórum y mayorías más altas tanto para la instalación como para la adopción de acuerdos, norma aplicable también a los casos de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada; sin embargo, se debe tener presente que la referida disposición no ampara que se establezca mayoría que torne imposible la adopción de acuerdos;

Que, en ese sentido, al establecerse una mayoría para adoptar acuerdos superior al quórum para la instalación de las juntas ya sea en primera o segunda convocatoria, puede presentarse el supuesto que se reúna el quórum para que se instale la junta pero no pueda adoptar acuerdos lo cual haría que no funcione la junta general de participacionistas en forma regular ni pueda tomar acuerdos válidos; por consiguiente, dicha cláusula debe ser adecuada conforme a los quórum para la instalación;

Que, la apelante indica al respecto que la sociedad está conformada por dos socios por lo que con la intervención de ambos resulta irrelevante que la mayoría calificada para adoptar los acuerdos sea la mínima exigida por ley o superior a ésta; sin embargo, cabe precisar que el cómputo de las mayorías se realiza en base a las participaciones suscritas y no en base al número de socios, al no estar frente a una sociedad de personas; además, el número de socios puede incrementarse hasta llegar a veinte;

Que, sin perjuicio de lo expuesto, se advierte en el referido artículo del estatuto que la mayoría calificada se computa en base a las participaciones suscritas y pagadas, siendo que actualmente la Ley General de Sociedades, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 134° de la anterior ley societaria, no computa la mayoría en base al capital pagado sino en base a las acciones suscritas con derecho a voto o participaciones suscritas, según corresponda, conforme al artículo 127°, por lo que este extremo de la cláusula décima no está en concordancia con las disposiciones sobre la materia;(...)

**VOTO EN DISCORDIA CON RESPECTO A LA SEGUNDA PARTE DEL PRIMER EXTREMO DE LA OBSERVACIÓN:**

Que, el inciso 1 del Art. 311 del Código Civil establece que "todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario", mas no requiere que la prueba en contrario se realice mediante documento con fecha cierta; contrariamente a ello el Código Procesal Civil - que regula la prueba en materia civil en nuestro ordenamiento -, considera al documento privado de fecha cierta como una de las especies de documentos privados, lo que no resta la eficacia probatoria de los documentos privados que no tienen fecha cierta; así, el Art. 233 del mencionado código procesal señala que documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho;

Que, conforme a los Arts. 143° y 144° del Código Civil cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente; asimismo, cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto; los escritos - llanamente, sin requerirse que se trate de escritos de fecha cierta -, constituyen medios de prueba expresamente contemplados en el Código Civil; así, el Art. 1605 establece que "la existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por *escrito*, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros *medios probatorios*";

Que, conforme al Art. 1352° del Código Civil los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que deben observar la forma señalada

por ley bajo sanción de nulidad; en el presente caso, la causa de la adquisición del dinero aportado por el cónyuge fue el contrato de hospedaje celebrado el 5 de agosto de 1994, para cuya celebración la ley no señala una forma bajo sanción de nulidad, ni tampoco que se celebre mediante documento con fecha cierta; asimismo, la causa de la adquisición del dinero aportado por la cónyuge fue un contrato de mutuo celebrado el 15 de marzo de 1995, no estableciendo tampoco el Código Civil una formalidad bajo sanción de nulidad ni requiriendo para ello documento de fecha cierta;

Que, puesto que el Código Civil no requiere que la prueba de que el bien es propio se realice mediante documento de fecha cierta y dado que los referidos documentos privados en los que constan los contratos constituyen formas válidas de celebración de los mismos, el Registro debe tener por probado que se trata de bienes propios; sostener lo contrario, vale decir, considerar que las fechas que se consignan en los contratos son falsas equivaldría a presumir la mala fe, siendo principio aceptado en el derecho que la buena fe se presume;

Que, con respecto a lo establecido por el Art. 61° del Reglamento de las Inscripciones, según el cual debe presentarse el título que justifique la calidad de propios, debe tenerse en cuenta que en el presente caso se han presentado los títulos que justifican la calidad de propios, esto es, los contratos en los que consta la causa de la adquisición; los referidos títulos no son instrumentos públicos, pero ello no implica violación del Art. 2010° del Código Civil, puesto que la inscripción en este caso se realiza en mérito al instrumento público constituido por el parte notarial de la escritura pública de constitución de la sociedad, siendo los referidos contratos documentos complementarios que se presentan para acreditar la calidad de los bienes aportados, En virtud de los considerandos expuestos mi voto es que se revoque la segunda parte del primer extremo de la observación.

(Fdo.) - Dra. NORA MARIELLA ALDANA DURÁN, Vocal del Tribunal Registral

**PRECEDENTE 5: MUERTE DEL PODERDANTE Y SUS EFECTOS EN REGISTROS PÚBLICOS. RESOLUCIÓN N° 500-97-ORLC/TR (LIMA, 11 DE DICIEMBRE DE 1997).**

**SUMILLA:** Necesidad de publicidad del proceso de sucesión intestada en la partida del registro de mandatos y poderes existiendo un poder inscrito otorgado en vida por el causante, es necesario realizar la anotación del proceso de sucesión intestada en la partida del registro de mandatos y poderes en la cual consta inscrito el referido poder, a fin de dar publicidad de la muerte de la persona y del citado proceso sucesorio.

**RESOLUCIÓN N° 500-97-ORLC/TR (LIMA, 11 DE DICIEMBRE DE 1997).**



**VISTA**, la apelación interpuesta por el Notario de Lima Dr. Elvito Alimides RODRIGUEZ DOMINGUEZ (Hoja de Tramite documentario N° 25578 del 20 de noviembre de 1997), contra la observación formulada por la Registradora del Registro de Mandatos y Poderes, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, a la solicitud de inscripción de Sucesión Intestada de Yolanda Del Aguila Fernandez, en merito a la presentación de oficio notarial y copias certificadas presentadas a su Despacho Notarial. El título se presenta el 06 de noviembre de 1997 bajo el N° 187470. La Registradora denegó la inscripción formulando la siguiente observación: "1.- La Ley N° 27716 deberá ser interpretado en el contexto del Sistema Registral Peruano, concordado con las normas del Procedimiento Registral, toda vez que la anotación de la solicitud de Sucesión Intestada en el Registro de Mandatos y Poderes tiene por finalidad la extinción de los poderes inscritos en este Registro. 2.- Si bien es cierto que el inc. 2) del Art. 833° del Código Procesal Civil dispone que el Juez cursara los partes al Registro de Mandatos y Poderes y Sucesión Intestada, deberá entenderse, que la inscripción en el Registro de Sucesión Intestada se realiza con el fin de dar publicidad a la existencia del proceso, por lo cual y conforme a lo expuesto, dicha publicidad se ha efectuado al anotarse la Solicitud de Sucesión Intestada de doña Yolanda Del Aguila Fernández en la ficha electrónica N°11001930 del Registro de Sucesión Intestada, as. 1-b). 3.- En consecuencia, sírvase indicar el antecedente registral (tomo y folio y/o ficha) donde se encuentre inscrito el poder(es) otorgado(s) por la causante a fin de proceder a la inscripción de la extinción del poder inscrito en el Registro de Mandatos y Poderes por fallecimiento de la poderdante; por cuanto abrir una nueva partida registral para efectuar la anotación preventiva solicitada, no corriendo inscrito poder alguno sería desnaturalizar dicho Registro, como también originaría una duplicidad de inscripciones y contravendría lo dispuesto por el Art. 2015° del Código Civil que establece que "Ninguna inscripción salvo la primera, se hace sin que este inscrito o se inscriba el derecho de donde emane", el Art. 144° del Reglamento de Inscripciones y el Art. 2036° del Código Civil preceptúa "Que el primer acto que da lugar a abrir una partida registral en este Registro de Mandatos y Poderes es el otorgamiento de poder o mandato, inscribiéndose posteriormente los actos de modificación, sustitución y extinción, en asientos sucesivos"; interviniendo como Vocal ponente el Dr. Luis Alberto Aliaga Huaripata; y,

Que, mediante el presente título se solicita la anotación de la Solicitud de Sucesión Intestada de Yolanda Del Aguila Fernández en el Registro de Mandatos y Poderes, en merito a oficio notarial y copias certificadas de la solicitud presentada al despacho Notarial del apelante; Que, el Sr. Bernardo Del Aguila Paz por su propio derecho y en representación de sus hijos Carmen Rosa, Raúl y Bernardo solicita al Notario la

sucesión intestada de la causante Yolanda Del Aguila Fernández fallecida el 08 de agosto del presente año sin otorgar testamento, siendo los solicitantes cónyuge e hijos, según lo manifiestan, por tanto herederos forzosos de conformidad con el Art. 816° del Código Civil; Que, la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, faculta a los interesados a recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario a fin de que se tramite la Sucesión Intestada; habiendo los solicitantes elegido la primera de las vías mencionadas; y ya estando inscrito en la Ficha N° 259738 del Registro de Sucesión Intestada, solicitan ahora la anotación de la Sucesión Intestada en el Registro de Mandatos y Poderes; Que, el Art. 40° de la referida Ley, establece que el Notario mandara se extienda anotación preventiva de la solicitud de sucesión intestada y el Art. 833° inc. 2 del Código Procesal Civil, norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento, señala "admitida la solicitud el Juez (en este caso el Notario) dispone la anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión Intestada y en el Registro de Mandatos y Poderes". Que, realizada la búsqueda pertinente, consta en la Ficha N° 259738 del Registro de Mandatos y Poderes inscrito en merito al título N° 83505 del 23 de mayo de 1997, el poder otorgado en vida por la Sra. Yolanda Del Aguila Fernández a favor de su cónyuge Sr. Bernardo Del Aguila Paz, a fin de que administre, otorgue garantías y venda los bienes muebles e inmuebles de propiedad de la Sociedad conyugal; Que, existiendo un poder inscrito, es necesario realizar la anotación de la solicitud de sucesión intestada en la Partida antes referida, a fin de dar publicidad al proceso seguido ante el Notario Dr. Elvito Rodríguez y a la muerte de la Sra. Yolanda Del Aguila; ya que esta circunstancia pone fin a la persona conforme lo indica el Art. 61° del Código Civil, cesando así su capacidad jurídica y no existiendo más un sujeto de derecho al cual se atribuyan situaciones jurídicas, derechos y deberes, que conllevaría a la extinción del poder; más aun si la representación es el acto por el cual los efectos de la declaración de una voluntad ajena recaen en la esfera jurídica del representado y que al no existir una persona en quien recaiga dicha voluntad sería un imposible jurídico la existencia de dicha figura, siendo necesario la publicidad del fallecimiento de la persona a fin de no perjudicar los derechos de los terceros que quisiesen contratar con ella; Que, asimismo, el Art. 1801° inc. 3 del Código Civil, norma aplicable supletoriamente a la representación, establece como causa de extinción del mandato, la muerte del mandante; siendo además, que la representación la otorga el interesado o la confiere la Ley; no dándose en el caso sub-litis ninguno de los dos supuestos, al existir una Ley que la otorgue ni voluntad al fallecer la persona de la cual es emana; y, **REVOCAR** la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas, Naturales, por los fundamentos expuestos en la presente Resolución, debiendo la

Registradora realizar la anotación de sucesión intestada en la Ficha N° 259738 del Registro de Mandatos y Poderes.

**PRECEDENTE 6: OTORGAMIENTO DE PODER Y CURATELA. RESOLUCIÓN N° 168-97- ORLC/TR.**

**SUMILLA:** La institución jurídica de la curatela importa una representación legal y se tipifica por la presencia de un interés colectivo, no solo individual, dado el carácter público del cargo, la obligatoriedad de su asunción y ejercicio, la vigilancia del estado, así como por su carácter de personalísimo e indelegable, permanente. La tutela y demás instituciones de protección al incapaz se rigen por la ley de su domicilio, las medidas urgentes de protección al incapaz que se encuentre en el Perú y, en su caso, las de protección de sus bienes situados en la república se rigen por la ley peruana (artículos 2071º código civil).

**RESOLUCIÓN N° 168-97- ORLC/TR (LIMA, 20 de Mayo de 1997).**

Que, mediante el presente Título, el apelante solicita la inscripción del poder que otorga Don Christian Burghardt en calidad de curador de doña Franciska Schneider Rebl a favor de don Víctor Lazo Lainez (...), en cuyas cláusulas segunda y tercera el poderdante ratifica la designación de apoderado al Sr. Lazo que le fuera concedido por la Sra. Schneider antes que fuera declarada incapaz (poder inscrito en las Fichas N°s.70113 y 70116 del Registro de Mandatos y Poderes de Lima), señalando expresamente las facultades conferidas y que las ejercerá en nombre y representación de doña Franciska Schneider; y en la cláusula cuarta el poderdante en su condición de curador autoriza al Sr. Lazo para que en nombre y representación directa del curador solicite ante las autoridades peruanas el reconocimiento de su nombramiento como curador hecho por las autoridades judiciales de Viena, República de Austria, lugar de residencia de la Sra. Schneider; Que, conforme se manifiesta específicamente en la segunda cláusula del instrumento público, el poderdante otorga el poder en su calidad de curador, desprendiéndose de algunas de sus facultades a favor del apoderado; lo cual es contrario a la institución jurídica de la curatela que importa una representación legal y se tipifica por la presencia en ella de un interés colectivo y no sólo individual, por el carácter público del cargo, la obligatoriedad de su asunción y ejercicio como regla general, la supervigilancia del Estado, así como por los caracteres de personalísimo e intransferible, permanente, de desempeño generalmente unipersonal, y casi siempre remunerado (Héctor Cornejo Chávez, Derecho Familiar Peruano, Tomo III); Que, el artículo 2071º del Código Civil establece que la tutela y demás instituciones de protección al incapaz se rigen por la ley de su domicilio; (...) Que, es de verse que la ley que rige la incapacidad y la curatela de doña Franciska Schneider es la ley de Viena - Austria; habiéndose previsto que en los casos en que la protección

social a los incapaces revista carácter de urgencia, resulta aplicable también la ley del lugar donde se encuentran los bienes, la ley Peruana; (...) Que, en consecuencia, si bien en el Registro de Mandatos y Poderes se inscriben las representaciones voluntarias de conformidad con los artículos 145º segundo párrafo y 2036º del Código Civil, las cláusulas segunda y tercera del instrumento público no resultan inscribibles, atendiendo a que previamente es necesario que la designación de curador que ostenta el poderdante se inscriba en el Registro Personal en virtud de los artículos 2030º incs. 1, 3 y 4, y 2033º (...) Que, sin embargo, la facultad conferida a don Víctor Lazo Lainez en la cláusula cuarta del instrumento público a que se hace referencia en el sexto considerando resulta inscribible, de conformidad con el principio de legalidad;

Estando a lo acordado;

### **SE RESUELVE**

**Confirmar** la denegatoria de inscripción formulada por el Registrador del Registro de Personas Naturales de Lima al título referido en la parte expositiva por los fundamentos expresados en la presente Resolución, y declarar que el mismo sólo es inscribible en cuanto al poder contenido en la cláusula cuarta, siempre que se adecue la rogatoria en ese sentido en el plazo señalado en el artículo 147º del Reglamento General de los Registros Públicos.

### **PRECEDENTE 7: SUSTITUCIÓN Y DELEGACIÓN DE PODER. RESOLUCION N° 501-97- ORLC/TR (LIMA, 15 de Diciembre de 1997).**

**SUMILLA:** Si bien doctrinalmente existe diferencia conceptual entre la sustitución y la delegación de poder, nuestro ordenamiento jurídico les otorga idéntico trato, incorporando la figura de la delegación dentro de la primera.

### **RESOLUCIÓN N° 501-97- ORLC/TR (LIMA, 15 de Diciembre de 1997).**

Que, mediante el título venido en grado, se solicita la inscripción de la Ampliación de Delegación de Poder otorgada por don Roberto León De Vivero Layous a favor de don Felipe Antonio Oliverio Portal Lovera (...); referido a facultades de administración y bancarias; (...) Que, verificada la ficha N°164883 del Registro de Mandatos y Poderes donde se encuentra inscrito el poder otorgado por la Sra. Virginia Leon De Vivero Layous a favor del Sr. Roberto León De Vivero Layous constan en los asientos 1-c y 2-c la sustitución de determinadas facultades que hiciera el apoderado, Roberto León de Vivero Layous en favor de Felipe Antonio Oliverio Portal Lovera (...); Que, el presente título se refiere a una ampliación de delegación de poder, en ese sentido, si bien doctrinalmente existe diferencia conceptual entre la sustitución y delegación de poder, nuestro ordenamiento jurídico les otorga idéntico trato, incorporando la figura de la delegación dentro de la primera; (...) Que, asimismo, don Roberto León De Vivero no

cuenta con facultades para otorga fianzas, celebrar convenios arbitrales, leasing, arrendamiento financiero, (...); por lo que no podría ser materia de delegación; (...) no es procedente amparar la presente solicitud de inscripción; y, REVOCARLA en cuanto señala que el apoderado no cuenta con facultades para descontar letras de cambio, constituir garantías sobre todo tipo de títulos valores comprar y vender acciones, los mismos que son materia de delegación (...).

**PRECEDENTE 8: DELEGACIÓN DE PODER. RESOLUCIÓN N°209-99- ORLC/TR (LIMA, 23 DE AGOSTO DE 1999).**

**SUMILLA:** La delegación basada en el mismo principio de colaboración que inspira el apoderamiento y sus distintas estipulaciones, deben ser interpretadas en forma integral acorde con lo señalado por el artículo 169º del código civil

**RESOLUCIÓN N°209-99- ORLC/TR (LIMA, 23 DE AGOSTO DE 1999).**

**VISTA**, la Apelación interpuesta por ENRIQUE MATTA SALDAÑA (Hoja de Trámite N° 00021594 del 07 de julio de 1999) contra la Observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, a la solicitud de inscripción de la delegación de Poder. El título fue presentado el 24 de mayo de 1999 bajo el No. 00082889. La Registradora formula la siguiente observación: "Subsiste la observación, por cuanto se aprecia que en la cláusula segunda de la escritura pública del 14 de mayo de 1999 ante el Notario Publico Oscar Leyton Zarate, sobre la delegación de poder se indica que en ejercicio de la facultad de delegación la extiende a favor de Yone Victoria Osorio Arrascue (lo cual pude ser en forma total o parcial), mientras en la cláusula cuarta sólo se hace referencia a que particularmente podrá reclamar, tramitar y cobrar beneficios del FONAHPU, entre otras; por lo cual deberá aclararse si se está delegando el poder en forma total o parcial, lo cual deberá realizarse guardando la formalidad legal correspondiente establecida en el Art. 48º de la Ley del Notariado; asimismo, debemos indicar que el escrito de subsanación no se refiere a la discrepancia apreciada, es decir lo que se consigna en la cláusula segunda con lo que se consigna en la cláusula cuarta referida mas bien a una delegación parcial. Lo indicado en la cláusula tercera y el que se haya insertado el texto íntegro de la escritura de poder materia de delegación no indica que se estén sustituyendo todas las facultades". Interviene como vocal ponente el Dr. Walter Poma Morales;

**CONSIDERANDO:**

Que, mediante el título venido en grado, constituido por el parte notarial de la escritura publica del 14 de mayo de 1999 extendida ante el Notario Publico Oscar Leyton

Zarate, se solicita la inscripción de la delegación de poder otorgada por Juana Luz Osorio Arrascue en favor de Yone Victoria Osorio Arrascue;

Que, por escritura pública de fecha 26 de marzo de 1997 otorgada ante el Cónsul General del Perú en Madrid Carlos Chavez-Taffur Schmidt, dona Rosa Alvina Osorio Arrascue otorgó poder general y especial a dona Juana Luz Osorio Arrascue para que la represente en el Perú, el mismo que corre inscrito en la ficha N° 258960 del Registro de Personas Naturales de Lima, en merito al título archivado N° 60482 del 15 de abril de 1997;

Que, según el título archivado en mención, cláusula décima, la poderdante autorizó a su apoderada a "sustituir este poder, en todo o en parte, reasumiéndolo cuando lo estime conveniente, lo mismo que podrá delegar en un tercero con las mismas facultades", en virtud de la cual la representante delega sus facultades en favor de Yone Victoria Osorio Arrascue;

Que, de acuerdo con el Art. 155 del Código Civil el poder general comprende solo los actos de mera administración y son aquellos que no implican desprendimiento de bienes o derechos o que no significan abdicación del derecho para incorporarlos a otro acervo patrimonial y el poder especial es aquel que se extiende para un acto o negocio determinado o para un tipo de actos o negocios;

Que, en virtud de la delegación basada en el mismo principio de colaboración que inspira el apoderamiento, colaboración entre delegado y delegante, el representante, que permanece vinculado al representado y responsable ante él, delega sus facultades -en todo o en parte-, pero el delegado responde ante el delegante y éste ante el representado, no hay relación jurídica entre principal y delegado, como sí hay en la sustitución entre principal y sustituto;

Que, el Código Civil "dispensa a la delegación y a la sustitución un idéntico tratamiento, subsumiendo la primera en la segunda" (Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo.- El Negocio Jurídico, pag. 235. Edic. J. Grijley, 1994);

Que, es de advertir de la cláusula tercera que Juana Luz Osorio Arrascue, vía delegación, faculta a su hermana Yone Victoria Osorio Arrascue para que pueda representar a su hermana común Rosa Alvina Osorio Arrascue, con las "facultades generales y especiales" que le fueron otorgados mediante escritura pública de fecha 26 de marzo de 1997, en tanto que de la cláusula cuarta aparece que a la delegada se le faculta "particularmente" para la realización de determinados actos;

Que, las distintas disposiciones o estipulaciones de los actos jurídicos deben ser interpretadas en forma integral acorde con lo señalado en el Art. 169 del Código Civil, por lo que claramente de una interpretación sistemática de todo el contenido del mismo puede concluirse que la voluntad de la delegante es la de delegar todas las

facultades otorgadas por la representada; siendo que el señalar determinadas facultades en la cláusula cuarta del mismo instrumento, no significa una delegación parcial, sino facultad expresa para realizar los negocios detallados en la misma, sin excluir las demás facultades generales y especiales que ya se hablan consignado en la cláusula tercera; en razón de ello resulta procedente amparar la solicitud de inscripción;

Que, de lo expuesto y de conformidad con el Art. 2011 del Código Civil, concordado con el numeral IV y Art. 151 del Reglamento General de los Registros Públicos; y,  
Estando a lo acordado;

**SE RESUELVE:**

**REVOCAR** la observación formulada por la Registradora Publica del Registro de Personas Naturales de Lima al Título referido en la parte expositiva, y disponer su inscripción por los fundamentos de la presente resolución.

## **10.10.- ANÁLISIS DE LOS PRECEDENTES SELECCIONADOS DEL TRIBUNAL REGISTRAL.**

### **10.10.1.- ANÁLISIS DEL PRIMER PRECEDENTE SELECCIONADO, ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES A FAVOR DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: Resolución N° 053-96/ORLC-TR; Lima, 09 de Febrero de 1996.**

**SUMILLA:** Para los supuestos de adquisición de bienes inmuebles a favor de la sociedad conyugal, se requiere la intervención de ambos cónyuges, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 315° del código civil.

**Resolución N° 053-96/ORLC-TR (Lima, 09 de Febrero de 1996).**

Con el informe oral del Señor Abogado Dr. Juan José Garazatua Nuñovero en representación del Notario Público Dr. Juan Carlos Sotomayor Vitella", (...). Que, el Art. 315° en revisión es concordante con el Art. 290° del Código Civil que reconoce la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges (...); Que, debe agregarse que el Art. 315° concuerda con el Art. 292° del Código Civil que reconoce la capacidad de cada cónyuge para actuar por separado en la atención de las necesidades ordinarias del hogar y los actos de administración y conservación (...); Que, a mayor abundamiento la ausencia de la cónyuge del adquirente del inmueble, impediría dar cumplimiento al Art. 61° del Reglamento General de los Registros Públicos, compatible con el Art. 315°

del Código Civil, por el cual se dispone que la inscripción de los inmuebles y derechos inscribibles adquiridos durante el matrimonio, se extiende siempre en común (...); Confirmar la observación de la Registradora Publica (...).

## **ANÁLISIS DEL PRECEDENTE.-**

### **A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:**

Se trata de la inscripción de la transferencia de un inmueble, en la que no participa la cónyuge, y por lo tanto se trata de una relación jurídico patrimonial que generó un supuesto de hecho contemplado en el artículo 315 del Código sustantivo, concordado con el impediría dar cumplimiento al Art. 61º del Reglamento General de los Registros Públicos, que contemplan la necesidad que en una transferencia de bien inmueble de la sociedad conyugal participen en el acto jurídico celebrado los dos cónyuges. Es decir, para la validez del acto jurídico de disposición de los bienes sociales de la sociedad conyugal y su inscripción registral de conformidad con los artículos citados se requieren necesariamente la intervención de ambos cónyuges.

### **B) ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PERSONAL.**

**FUNDAMENTOS DE HECHO:** Considera el investigador que la calificación registral del Registrador Publico, a la solicitud de inscripción de una transferencia de un bien inmueble se encuentra bien realizada, y no sólo en la medida que el Tribunal Registral confirmo la observación, sino también porque encuadran bien el supuesto de hecho.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

El precedente registral analiza los alcances del Artículo 315º, y normas conexas, el mismo que regula la disposición, y gravamen de bienes sociales. Asimismo considera que el razonamiento, no está explícitamente desarrollado en términos del silogismo jurídico, y las justificaciones interna (silogismo) y externa del mismo.

### **C) CRÍTICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES**



## **1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:**

Al determinar los hechos, se ha realizado de manera correcta, en la medida que el Tribunal Registral, tiene en cuenta todos los hechos que permiten calificar registralmente la solicitud de inscripción. Sin embargo, algo que no debería pasarse por alto es el hecho que el Sistema Registral experimento una profunda reforma en el año 1995, cuando en octubre del mencionado año prácticamente se cambio todo el personal de la Oficina Registral de Lima, no sin antes haber procesado cambios legislativos de la institución. En ese sentido, a la fecha 09 de Febrero de 1996, en que se pronuncia el Tribunal Registral, el sistema estaba dando sus primeros pasos, y sin embargo el pronunciamiento es el adecuado. Es curioso si, que el letrado que presenta la causa, y se apersona con un sendo informe oral es el Abogado Juan José Garazatua Nuñovero, en representación del Notario Público Dr. Juan Carlos Sotomayor Vitella, es decir un letrado que se supone es especialista en material Registral, recarga el sistema con casos que no tienen la mínima fundamentación legal, ante esta manera de actuar, se deberían establecer apremios y sanciones, por cuanto constituye sin duda una conducta nada profesional, en este caso ocurre dos situaciones probables, una que el letrado desconozca normas elementales de Derecho de Familia, y Registral, o sino conoce las normas pero actúa deslealmente con su patrocinado, llevando al Tribunal un caso de principio ya perdido, al carecer de sustento legal.

## **2.- EN CUANTO AL DERECHO:**

Es coherente mencionar que en términos de la teoría, sería un caso difícil, por que no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley, como parece que lo entiende el Tribunal Registral. El precedente registral analiza los alcances del Artículo 315<sup>o</sup>, y normas conexas registrales, el mismo que regula la disposición, y gravamen de bienes sociales, y su inscripción. El suscrito estima, que entre los argumentos a destacar tendría que estar uno en el que se incida que el caso es nulo desde la teoría del acto jurídico, en la medida que en el acto de transferencia sólo participa uno de los cónyuges, y por lo tanto al carece de manifestación de voluntad de la

sociedad conyugal es nulo (Artículo 219°-1 del C.C) Asimismo considera que si bien la decisión final es correcta, al mismo tiempo verificamos que la fundamentación debió abordar la hipótesis de hecho del caso (falta de voluntad de una de los cónyuges en la transferencia de bien inmueble que forma parte de la masa patrimonial de la sociedad conyugal) y si esta se subsume o en la norma invocada como la norma aplicable (Artículo 315° C.C). Además el razonamiento, no está explícitamente desarrollado en términos del silogismo jurídico.

**10.10.2.- ANÁLISIS DEL SEGUNDO PRECEDENTE SELECCIONADO: REGISTRO DE SUCESIÓN INTESTADA Y DE MANDATOS Y PODERES, NECESARIA CORDINACIÓN PARA PUBLICITAR EXTINCIÓN DE PODER O MANDATO. RESOLUCION N° 490-97-ORLC/TR (LIMA, 10 DE DICIEMBRE DE 1997).**

**Sumilla:** Cuando el artículo 833° inciso 2 del Código Procesal Civil señala que admitida la solicitud el juez (también el notario) dispone la anotación de la solicitud en el registro de sucesión intestada y en el registro de mandatos y poderes, no esta concebida para que necesariamente la anotación se deba hacer en este ultimo registro, si el causante en vida no otorgo poder alguno, pues no existiría partida abierta en la cual anotar la solicitud; en este supuesto, efectuada la anotación en el registro de sucesión intestada se tendría por cumplida la finalidad prevista en la norma, dándose publicidad de la existencia del referido procedimiento sucesorio.

**RESOLUCION N° 490-97-ORLC/TR (LIMA, 10 DE DICIEMBRE DE 1997).**

**VISTA,** la apelación interpuesta por el Notario de Lima DR. ELVLTO ALIMIDES RODRIGUEZ DOMINGUEZ (Hoja de Tramite Documentario N° 25579 del 20 de noviembre de 1997) contra la observación formulada por la Registradora del Registro de Mandatos y Poderes, Dra. Liliana Bernuy Guerrero, a la solicitud de inscripción de Sucesión Intestada de dona Sabra Nichols, en merito a la presentación de oficio notarial y copias certificadas de la solicitud presentada a su Despacho Notarial. El título se presentó el 31 de octubre de 1997, bajo el N° 184081. La Registradora denegó la inscripción formulando la siguiente observación: "1.- La Ley N° 27716 deberá ser interpretado en el contexto del Sistema Registral Peruano concordado con las normas del Procedimiento Registral, toda vez que la anotación de la solicitud de sucesión intestada en el Registro de Mandatos y Poderes tiene por finalidad la

extinción de los poderes inscritos en este Registro. 2.- Si bien es cierto que el inc. 2) del art. 833° del Código Procesal Civil dispone que el Juez cursara los partes al Registro de Mandatos y Poderes y Registro de Sucesión Intestada, deberá entenderse que la inscripción en este ultimo, se realiza con el fin de dar publicidad de la existencia del procedimiento sucesorio, por lo cual y conforme a lo expuesto, dicha publicidad se ha efectuado al anotarse la Sucesión Intestada de doña Yolanda Del Aguila Fernández en la ficha electrónica N°11001424 del Registro de Sucesión Intestada, as. 1-b). 3.- En consecuencia, sírvase indicar el antecedente registral (tomo y folio y/o ficha) donde se encuentre inscrito el poder (o poderes) otorgados por la causante a fin de proceder a la inscripción de la extinción del poder inscrito en el Registro de Mandatos y Poderes por fallecimiento del poderdante; por cuanto abrir una nueva partida registral para efectuar la anotación preventiva solicitada, no corriendo inscrito poder alguno en este Registro, sería desnaturalizar dicho Registro, como también originaría una duplicidad de inscripciones y contravendría lo dispuesto por el art. 2015° del Código Civil que establece que "Ninguna inscripción salvo la primera, se hace sin que este inscrito o se inscriba el derecho de donde emane", el Art. 144° del Reglamento de Inscripciones y el Art. 2036° del Código Civil preceptúan "Que el primer acto que da lugar a abrir una partida registral en este Registro de Mandatos y Poderes es el otorgamiento de poder o mandato, inscribiéndose posteriormente los actos de modificación, sustitución y extinción, en asientos sucesivos"; interviniendo como Vocal ponente el Dr. Luis Alberto Aliaga Huaripata; y, Que, mediante el presente título se solicita la anotación de la Solicitud de Sucesión Intestada de doña Sabra Nichols en el Registro de Mandatos y Poderes, en merito a oficio notarial y copias certificadas de los documentos presentados al despacho Notarial del apelante; Que, el Sr. Licimaco Pompeyo Chavez Silva Santisteban, en representación de los Sres. Jefrey Marck Chavez, Lucía Elena y Francisco Chavez Nichols, debidamente facultado según poderes que corren inscritos en las fichas N° 263572 y 241445 del Registro de Mandatos y Poderes, solicita al Notario la declaración como herederos de la causante Sabra Nichols fallecida el 14 de mayo de 1995 sin otorgar testamento, en calidad de hijos de la causante, según lo manifiestan, por tanto herederos forzosos de conformidad con el At. 816° del Código Civil; Que, la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos, faculta a los interesados a recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante Notario a fin de que se tramite la sucesión intestada; habiendo los solicitantes elegido la primera de las vías mencionadas; Que, el Art. 40° de la referida Ley, establece que el Notario mandara se extienda anotación preventiva de la solicitud de sucesión intestada y el Art. 833° inc. 2 del Código Procesal Civil, norma aplicable supletoriamente al presente

procedimiento, señala "admitida la solicitud el Juez (en este caso, el Notario) dispone la anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión Intestada y el Registro de Mandatos y Poderes". Que, la interpretación de esta norma, no debe realizarse de manera literal, sino sistemática, buscando el sentido de la misma en el contexto en el que se inserta y actúa, concordándose con los demás dispositivos legales aplicables, como los Principios Registrales y la doctrina y jurisprudencia referidas a los Registros Públicos; así tenemos el Art. 2036° del Código Civil que señala los actos que son inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes, refiriendo sus dos incisos a los mandatos o poderes que se otorgan, su modificación a extinción, en su caso; y el Art. 144°, concordante con el 145°, del Reglamento de las Inscripciones que prescribe, que en el Libro de Mandatos se abrirá una partida para cada uno de los que se confiera en instrumentos públicos y se presente para su inscripción, debiendo extenderse en asientos sucesivos, sus sustituciones, sus modificaciones, sus revocatorias, etc; de lo que se colige que una partida se abre con la inscripción del mandato o el otorgamiento de poder; Que, de acuerdo a lo indicado en el considerando anterior y dado el carácter de la anotación de sucesión intestada en el Registro del mismo nombre, de naturaleza preventiva, que busca asegurar la ejecución de una declaración que reconozca la calidad de heredero, siendo su finalidad preparar un asiento definitivo, asegurando así un derecho en formación y brindar la publicidad de la existencia de un procedimiento seguido para que se declare a los herederos de un determinado causante; la referida norma no está concebida para que necesariamente se deba hacer la anotación en la partida del Registro de Mandatos y Poderes, pues si el causante en vida no otorgó poder, no procedería realizar anotación alguna de la Solicitud de Sucesión Intestada en este último Registro al no existir partida abierta; ya que conforme al Art. 2015° del Código Civil ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que este inscrito el derecho de donde emane; así tratándose de casos como el presente, realizada la anotación en el Registro de Sucesión Intestada se tendría por cumplida la finalidad prevista en la norma, de dar publicidad de la existencia del referido procedimiento sucesorio; y, **CONFIRMAR**, la observación formulada por la Registradora del Registro de Personas Naturales, por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

#### **A) ENCUADRAMIENTO DE LOS HECHOS:**

Se trata de cancelar la(s) partida(s) registral(es) abierta(s) en el Registro de Mandatos y Poderes de la Gerencia de Personas Naturales, con la finalidad de tutelar la seguridad jurídica, en la medida que el poderdante ha fallecido,

y por lo tanto los poderes que este haya otorgado se encuentran extintos. Lleva al tema de la naturaleza del sistema registral peruano, específicamente de mandatos y poderes.

## **B) ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PERSONAL.**

### **FUNDAMENTOS DE HECHO:**

Considera el investigador que no era razonable inscribir la solicitud de anotación preventiva de sucesión intestada en el Registro de Mandatos y Poderes, que es materia del presente análisis, en la medida si bien es cierto que en principio el inc. 2) del artículo 833° del Código Procesal Civil dispone que el Juez o *notario* (–agregado del investigador–) cursara los partes al Registro de Mandatos y Poderes y Registro de Sucesión Intestada, se entiende que la inscripción se realiza con el fin de dar publicidad de la existencia del procedimiento sucesorio, lo cual siempre será necesario hacerlo en el Registro de Sucesión Intestada, y en sólo cuando haya otorgado en vida un poder el poderdante-causante, es decir en la medida que exista una Partida Registral en el Registro de Mandatos y Poderes, y que por lo tanto se amerita dar publicidad del fallecimiento del poderdante que a su vez es causante. Por lo tanto, no corriendo inscrito poder alguno en el Registro de Mandatos y Poderes, sería desnaturalizar dicho Registro, como también originaría una duplicidad de inscripciones con el del Registro de Sucesión Intestada, y contravendría lo dispuesto por el artículo 2015° del Código Civil que establece que "*Ninguna inscripción salvo la primera, se hace sin que este inscrito o se inscriba el derecho de donde emane*", el Artículo 144° del Reglamento de Inscripciones y el Artículo 2036° del Código Civil preceptúan "*Que el primer acto que da lugar a abrir una partida registral en este Registro de Mandatos y Poderes es el otorgamiento de poder o mandato, inscribiéndose posteriormente los actos de modificación, sustitución y extinción, en asientos sucesivos*".

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

El fundamento del Tribunal Registral, señala que: "*El Art. 833° inc. 2 del Código Procesal Civil, norma aplicable supletoriamente al presente*

*procedimiento, señala "admitida la solicitud el Juez (en este caso, el Notario) dispone la anotación de la solicitud en el Registro de Sucesión Intestada y el Registro de Mandatos y Poderes". Que, la interpretación de esta norma, no debe realizarse de manera literal, sino sistemática, buscando el sentido de la misma en el contexto en el que se inserta y actúa, concordándose con los demás dispositivos legales aplicables, como los Principios Registrales y la doctrina y jurisprudencia referidas a los Registros Públicos".*

La calificación jurídica legal es legalista, o lo que se suele conocer como "Códiguera", señala las normas que se estaría contraviniendo, y hace referencia a doctrina y jurisprudencia pero no las menciona (y porque a la fecha que se emitió no existía dicha doctrina y jurisprudencia).

## **C) CRÍTICA DE LOS RUBROS PRECEDENTES**

### **1.- EN CUANTO A LOS HECHOS:**

El enfoque puntual del tema en análisis, es que el hecho es de naturaleza procedimental registral. Y Responde a la pregunta de si: ¿Es posible inscribir una extinción o cancelación de mandato o poder, cuando no exista una partida registral de mandato o poder abierta por el causante?. Esto es: ¿Se puede extinguir algo que no ha existido?. La respuesta es negativa, por cuanto más allá del mandato legal estipulado en el Artículo 833° inc. 2 del Código Procesal Civil, existe una norma más específica consagrada en el Artículo 2011° del Código Civil, la cual obliga tener en cuenta los precedentes registrales, a efectos de cumplir con la tarea de calificación registral, de tal modo, que si no existe un mandato o poder, mal podría intentarse extinguir dicho supuesto mandato o poder.

### **2.- EN CUANTO AL DERECHO**

En términos de Manuel Atienza, sería un caso difícil, porque es un problema de relevancia, por cuanto no existe norma expresa aplicable al caso, más bien existiría una especie de "confusa legislación". El investigador estima, que si bien en la presente, el Registrador Público deniega la inscripción del título en base a argumentos de procedimiento registral.

Siguiendo al maestro sanmarquino Manuel Soria Alarcón, debemos precisar que el Registro de mandatos y poderes, por los efectos que surte, es facultativo y declarativo; sin embargo, su inscripción resulta conveniente para quien contrata con un mandatario o apoderado, en tanto se ampara en la fe del registro y en el principio de la fe pública; por sus métodos es inscriptorio y, técnicamente, utiliza el folio personal.

El maestro Soria Alarcón, con toda su sabiduría, resalta la importancia del tema enfatizando las consecuencias jurídicas importantes del Registro de Mandatos y Poderes, que van más allá de su propia naturaleza, por ello consideramos que el Tribunal Registral es deficiente al no marcar las pautas de las líneas maestras del Registro Público como sistema, y por lo tanto de carecer de una posición respecto al sistema registral peruano, tiene una visión miedosa y llama interpretación sistemática a una interpretación limitada a un sector de normas inmediatamente vinculadas sólo a los principios registrales.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### CONCLUSIONES.

1.- Se debe dar protección jurídica a los actos jurídicos de familia, celebrados entre partes que actúan a través de representantes, por cuanto de esa manera se protegen intereses dignos de tutela jurídica relacionados a la familia, que es la célula básica de la sociedad, y específicamente al niño fundamentado ello en el interés superior del niño y adolescente.

2.- Se ha comprobado que la evolución histórica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia, tiene sus orígenes en el Derecho Romano, y que siendo negado en la época feudal, renace en la época moderna. En Roma, se regulaba en función exclusiva del pater familia, que actuaba como poderdante, con indiferencia del mandatario, solo es entendible la figura en estudio en el derecho romano, en función a la actuación del pater familia. Con el tiempo, las diversas teorías han ido reconociendo la importancia de tutelar la autonomía de la voluntad de todos los actores de la Representación y del Poder, es decir no sólo de quien emite su voluntad otorgando facultades, también de quien las recibe, y además de terceros que celebran actos, justamente con los apoderados o representantes.

3.- La teoría que utiliza el legislador para otorga tutela jurídica a quienes celebran actos mediante la representación y el poder, no es una sola sino que son fundamentalmente las Teorías llamadas Intermedias, especialmente las teorías del representante condicionada por el representado, y el de la cooperación. Y si bien las teorías en un primer momento enfatizaron en dar protección al representado, poderdante; posteriormente



se postularon teorías que tendían su manto protector al representante, o apoderado. Las teorías consagradas en los principales Códigos Civiles, tutelan jurídicamente al representado, representante, poderdante, apoderado, y a los terceros. No obstante, analizando en una dimensión dinámica de las relaciones jurídicas, el Estado Constitucional del Derecho está en la línea de privilegiar la tutela del tercero que actúa de buena fe y onerosamente, porque esta se condice con la Seguridad Jurídica Dinámica.

**4.-** La tutela Constitucional de la representación y del poder se relaciona directa y significativamente con los Principios de Seguridad Jurídica, Igualdad, y Libertad. Habrá mayor tutela, cuando más seguridad jurídica, Igualdad, y libertad se consagre en la regulación constitucional del poder y mandato.

**5.-** Se ha verificado que la regulación jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Nacional, se relaciona directa y significativamente con los Principios de seguridad jurídica y tutela de la Familia y del Interés Superior del Niño y Adolescente.

**6.-** Se ha comprobado que la regulación jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Internacional, se relaciona directa y significativamente con los Principios de seguridad jurídica y tutela de la Familia y del Interés Superior del Niño y Adolescente, ello es así sobre todo en los países que acogen sistemas que responden al Derecho Civil Occidental, cuya matriz histórica es el Derecho Romano.

**7.-** Se han determinado que las regulaciones jurídicas de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Derecho Positivo Nacional, Doctrina, y Jurisprudencia, responden a estándares establecido en los países que se adscriben al Derecho Civil Occidental, en ese sentido están la Representación en la Patria Potestad, la cual deberá contar para efectos de disposición patrimonial, de autorización judicial a los poderdantes, y de una debida justificación de la medida dispositiva. Por lo mismo, se sigue la tradición del

Derecho Europeo (sobretudo Italiano), para el ejercicio de la representación del concebido.

**8.-** Se ha demostrado que la regulación jurídica de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Pluralismo Jurídico Nacional, si bien en la Región Latinoamericana cuenta con el reconocimiento constitucional, sin embargo no existe una legislación o similar a un Código respecto del Pluralismo Jurídico, y la reflexión sobre estos temas esta en sus inicios, por lo tanto la regulación jurídica no es sistemática y orgánica, verificamos sectorialmente alguna legislación dispersa y al no responder a la racionalidad de las comunidades campesinas y nativas, innecesariamente se introducen elementos de inseguridad jurídica, básicamente se entiende la juridicidad no en términos autóctonos, sino con una racionalidad occidental.

## **RECOMENDACIONES.**

### **ASPECTOS GENERALES.**

1.- La Representación en el ámbito del Derecho de Familia, es una figura jurídica que tiene características específicas, que lo diferencian de otras clases de actos jurídicos, por lo cual se justifica como institución jurídica autónoma.

2.- Hemos comprobado a través del presente trabajo de investigación, que la Representación en el ámbito del Derecho de Familia si bien surge en el Derecho Romano, con características totalmente diferentes a las que conocemos ahora; y que no tuvo mucha presencia en el Derecho Medioeval. La evolución histórica demuestra que estas figuras jurídicas tuvieron un desarrollo de acuerdo con el momento histórico. Y las características actuales son producto de las necesidades de nuestro tiempo. Por lo tanto, siempre es necesario que la legislación se encuentre alerta para no quedar desfasada, y adecuar a los paradigmas vigentes.

3.- La regulación de las figuras de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia, se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico, a pesar que existe un Libro de Derecho de Familia en el Código Civil, se ha dado un Código del Niño y Adolescente, que no siempre están a tono ambos cuerpos legislativos. Por lo tanto, se comprueba que no se encuentra una regulación sistemática y orgánica.

4.- Consideramos que las diferencias existentes entre las legislaciones estudiadas respecto a la Representación en el ámbito del Derecho de Familia, son respecto a cuestiones de forma, mas no de fondo, porque todas regulan el actuar por otro, basados en la cooperación jurídica, finalmente en función al principio de solidaridad. Las legislaciones son tributarias de la tradición jurídica: Romano-Germánico. No obstante también es pertinente destacar que hay mayor homogeneidad en las normas básicas que rigen al

notariado, y ello es así por cuanto responden al Notariado Latino. En ese sentido los instrumentos que usa la función notarial no han sido transformados en gran medida, constituyendo la Escritura Pública una de las insignias de la actuación Notarial.

## **ASPECTO CONSTITUCIONAL.**

**5.-** La Constitución de 1993, contempla una amplia tutela de la Familia, en ese orden de ideas los Principios de Derecho de Familia deberán tener la más amplia acogida, en respaldo de esta afirmación podemos encontrar el Artículo 3°, que permite que estos principios puedan discurrir en las decisiones de los operadores del Derecho.

**6.-** La Representación en el ámbito del Derecho de Familia, no se encuentra sólo en el Derecho Positivo, se encuentra también expresiones de Representación Familiar en el llamado Pluralismo Jurídico. En efecto, se expresa también en el Pluralismo Jurídico, es decir en el Derecho de las nacionalidades peruanas autóctonas, y no obstante que comprobamos que a nivel constitucional se encuentra consagrado en el Artículo 149° de la Constitución, está debería tener un desarrollo legislativo, atendiendo a las advertencias de la doctrina de mayor predicamento en nuestro país (Héctor Cornejo Chávez) y que el fenómeno se encuentra presente. Es una necesidad histórico afrontar esta regulación legislativa de la Representación en el ámbito del Derecho de Familia en el Pluralismo Jurídico.

## **ASPECTO CIVIL.**

**7.-** Si bien en el Código Civil, dentro del libro II dedicado al Acto Jurídico, hay un título especial dedicado a la representación, la Representación en el ámbito del Derecho de Familia no tiene un título en el Libro correspondiente, ello hubiera permitido un enfoque orgánico y sistemático del tema. Asimismo debe procurar el legislador nacional en que el ordenamiento jurídico a través otros cuerpos de leyes, donde se configuran aspectos de la representación que estos guarde correspondencia, evitando duplicidades

legislativas, y regulaciones encontradas, como que en ciertos aspectos ocurre con el Código del Niño y Adolescente.

**8.-** De los diversos Proyecto de reforma del Código civil, que hemos podido observar, por cuanto estos fueron puestos a disposición de la opinión pública, comprobamos que estos se limitan a aclarar aspectos de redacción presuntamente defectuosa, y no hay un interés y vocación por incorporar regulación que atienda a la realidad. En ese sentido no hay pronunciamiento expreso sobre la Representación en el caso de las adopciones, que en la práctica genera grandes problemas, y comportamientos disimiles, es así que por lo general no se permite la representación en caso de Adopciones internacionales.

**9.-** En nuestro ordenamiento jurídico no se exige mayores formalidades para el otorgamiento de Representación en el ámbito del Derecho de Familia. Se entiende que dicha formalidad se cumple implícitamente en caso de Representación Judicial, por cuanto es el Juez quien lo otorga; casi similar ocurre en la Legal. Sin embargo, en la Voluntaria se actúa a nivel jurisdiccional sin mayores exigencias de formalidad. En el sector privado, sin embargo, para actuar el representante debe acreditar no sólo poder por Escritura Publica sino además que esta se encuentre inscrita en Registros Públicos, y el representante adicionalmente deberá presentar *“Certificado de Vigencia de Poder”*, documento público otorgado por Registros Públicos; sobretodo esta forma de proceder se exige cuando hay disposición de bienes inmuebles prediales, en general la base legal en que se amparan es el Artículo 156º del C.C., no obstante estas exigencias no están contempladas en ningún cuerpo legal.

## ANEXOS

**PROYECTO DE LEY****MODIFICAN EL CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

**ARTÍCULO 1°.** Modifíquese el artículo 233° del Código Civil, sobre regulación jurídica de la familia y la representación en el ámbito del derecho de familia, cuyo texto será:

“Artículo 233°.Regulación Jurídica de la familia y la Representación en el ámbito del derecho de familia:

La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.

El acto jurídico en el ámbito del derecho de familia puede ser realizado mediante representación, salvo disposición contraria de la Ley.

La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.

Las norma sobre representación establecidas en el Título III del libro II (Acto Jurídico) del Código Civil son aplicables a la representación en el ámbito de derecho de familia”

**ARTÍCULO 2.** Modifíquese el artículo 72° del Código Procesal Civil, sobre clases de poder atendiendo a la formalidad empleada, cuyo texto será:

“Artículo 72° Clases de poder atendiendo la formalidad empleada:

El poder para litigar se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso, salvo disposición legal diferente.

En el ámbito del derecho de familia el poder para litigar también se puede otorgar solo por escritura pública o por acta ante el juez del proceso.

Para su eficacia procesal, el poder no requiere estar inscrito en los registros públicos”.

**ARTÍCULO 3. DISPOSICIÓN DEROGATORIA**

Deróguese las normas y artículos que se opongan a la presente Ley.

**ARTÍCULO 4. VIGENCIA**

La presente Ley entrará en vigencia partir del día siguiente de su publicación.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I. FUNDAMENTOS:**

Se somete a consideración un Proyecto de Ley que tiene por objeto modificar el artículo 233° del Código Civil vigente y el artículo 72° del Código Procesal Civil vigente las cuales consideramos que están normadas en forma incompleta. La propuesta se sustenta que el derecho de familia es una área especializada y si bien es cierto que el libro de familia es parte del Código Civil, también lo es que en el referido libro de familia no se considera a la representación en el ámbito del derecho de familia, lo mismo ocurre con el artículo 72° del Código Procesal Civil, el poder para litigar no hace referencia al ámbito del derecho de familia, creando con ello confusión a los operadores de justicia en el sentido de no aceptar representación en el ámbito del derecho, ordenando para muchos actos procesales se actúe en forma personalísima cuando bien puede actuarse mediante la representación por no existir impedimento legal. El Código Civil es parte importante del sistema jurídico peruano, por tanto debe otorgarse protección jurídica a la representación en el ámbito del derecho de familia.

### **II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

El proyecto de ley no generará costo económico ni tiene repercusión de índole económica que pueda afectar al presupuesto del Tesoro Público; por el contrario, trae como beneficio crear un marco jurídico constitucional adecuado para una mejor actuación y trabajo de los operadores jurídicos.

### **III. EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

Las normas propuestas implican la modificación de los artículos 233° del Código Civil y 72° del Código Procesal Civil.

I

## BIBLIOGRAFIA

AGUILAR LLANOS, Benjamín.

2010 "La familia en el código civil peruano".

Lima. Editorial San marcos E.I. R.L. Primera edición: febrero 2008.

ALTERINI, Atílio Aníbal.

1993 "La Inseguridad Jurídica"

Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.

ALSINA, Hugo,

1942-1963 "Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial"

Buenos Aires. EDIAR. T. I y II.

ALZAMORA VALDEZ, Mario,

1959 "Derecho procesal civil. Teoría general del proceso"

Lima. Imprenta de Colégio Militar Leoncio Prado.

ALBADALEJO, Manuel

1983 "Curso de Derecho Civil Español I. Introducción y Parte General".

Barcelona. Librería Bosch. 3ª Edición.

1979 "Derecho Civil".

Barcelona. Librería Bosch. Tomo II. Volumen Segundo, Segunda Edición.

1958 "El Negocio Jurídico".

Barcelona. Librería Bosch.

1958-A "La Representación".

Madrid. Anuario de Derecho Civil, Torno XI. Fascículo 3.

ARGUEDAS, Jose Maria.

1989 "Indios, Mestizos y Señores".

Lima. Editorial Horizonte.

1968 "Las Comunidades de España y del Perú"

Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ARIANO DEHO, Eugenia.

2003 "Problemas del Proceso Civil".

Lima Jurista Editores.

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max.

1995 "Exegesis del código civil de 1984". "Los derechos reales de garantía". Tomo IV.

Lima. Editorial Gaceta Jurídica.

1991-A "Luces y Sombras del Código Civil"

Lima. Librería Studium. Tomo I.

1991-B "Luces y Sombras del Código Civil"

Lima. Librería Studium. Tomo II.

1990 "El Derecho de Familia y los contratos".

En TRAZEGNIES, Fernando de; y otros compiladores. "La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez". Pp. 265-280.



ATIENZA, Manuel.

2008 "Ideas para una Filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino"

Lima. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Fondo Editorial

2006 "El Derecho como Argumentación"

Barcelona. Editorial Ariel.

ATIENZA, Manuel. Y RUIZ MANECO, Juan

2007 "Fragmentos para una Teoría de la Constitución"

Madrid. Editorial Iustel. En "Argumentación y Constitución" (Aguiló, Josép Compilador) pp.: 113-185

AZUERO E. DE LEAMEZ.

1979 "El mandato mercantil"

Bogotá. Ed. Gráfica Venus.

BARRERA GRAF, Jorge.

1966 "La representación de sociedades".

San José. En: Revista de Ciencias jurídicas, N° 7, Mayo 1966, Universidad Nacional de Costa Rica, Escuela de Derecho.

BELLUSCIO, Augusto César.

1979 "Derecho de Familia".

Buenos Aires. Editorial Depalma.

BEVILAQUA, Clovis

1931 "Direito das obrigacoes".

Rio de Janeiro. Livraria Editora Freitas Bastos. Tercera Edicao.

BETTI, Emilio.

1943 "Teoría General del Negocio jurídico"

Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo.

1992 "Representación y mandato: Aciertos y desaciertos en el Código Civil de 1984" Lima. En: "Libro Homenaje a Carlos Rodríguez Pastor"

BOFFI BOGGERO, Luis M.

1945 "Lecciones de Derecho civil, La teoría general de los actos jurídicos en el Código Civil" Buenos Aires. Ed. Jurídica Argentina.

BRANOVER, David.

1975 "El mandato civil".

Editorial Jurídica de Chile, Santiago edición 3ª Ed.

BROSETA PONT, Manuel.

1994 "Manual de Derecho Mercantil" Madrid. Editorial Tecnos.

BULLARD GONZALES, ALFREDO.

2004 "Sistema de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa". Lima. En: Thémis Revista de Derecho 49 (diciembre de 2004), pp. 326-328.

2004 "La propiedad inconclusa".

Lima. En: Ius et Veritas XIV (29), 2004, pp. 100-108.

- 2003 "Los sistemas de transferencia de propiedad". En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 145-164.
- 2003 "Un mundo sin propiedad. ¿Por qué algunos deben excluir a los otros?". Lima. En: Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores, 2003, pp.139-143.
- 1989 "LA RELACIÓN JURÍDICO PATRIMONIAL. REALES VS. OBLIGACIONES" Lima. PUCP. Tesis (Br).

CABANELLAS, Guillermo.

- 1979 "Diccionario enciclopédico de derecho usual". Buenos Aires. Editorial Heliasta, Tomo VII.

CALAMANDREI, Piero.

- 2001 "La Casación Civil". México. Volumen III, Editorial Oxford University Press.
- 1962 "Instituciones de derecho procesal civil". Buenos Aires. EJE A 3 vol.
- 1945 "La Casación Civil. Historia y Legislaciones". Buenos Aires. Editorial Bibliográfica Argentina. Tomo I. Volumen II.

CALDERON FAJARDO, CARLOS.

- 1991 "¿Qué es la Postmodernidad?" En Revista "APERTURA". Pp. 15 al 22. Lima. Año 1. Nº 5. Director Alfonso LOPEZ-CHAU.

CAMPAGNUCCI DE CASO, Rubén.

- 1992 "El Negocio Jurídico" Buenos Aires. Ed. Astrea.
- 1987 "Representación voluntaria y Negocio de apoderamiento" La Plata. En: Revista del Colegio de abogados de La Plata; Mar—Dic 1987, Año XXVIII, Nº 48.

CARDENA QUIROZ, Carlos.

- 1994 "Estudios de Derecho Privado I" Lima. Ediciones Jurídicas.

CARRIÓN LUGO, Jorge

- 2003 "El recurso de casación en el Perú". Lima. Editorial Grijley E.I.R.L.
- 2000-A "Tratado de derecho procesal civil" Lima. Editorial Grijley. Vol I.
- 2000-B "Tratado de derecho procesal civil" Lima. Editorial Grijley. Vol II.
- 1997 "El recurso de Casación en el Perú, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia". Lima. Editorial Grijley, Primera Edición.

CASTAN TOBEÑAS, José.

- 1951 "Derecho Civil Español, Común y Foral" Madrid. Edición revisada y ampliada. Editorial REUS. 4 volúmenes.

CASTRO SALINAS, Javier;

- 1987 "Mandato y Representación". Lima. En: "Temas de Derecho Contractual". Editorial Cuzco.

CASSESE, Sabino.

2003 "La crisis del estado"  
Buenos Aires. Abeledo – Perrot.

CORCUERA GARCIA, Marco A.

1994 "Derecho notarial, Comentarios a la Ley del Notariado".  
Lima. Ed. Marsol.

CORNEJO, Ángel Gustavo.

1941 "Código Civil – Exposición Sistemática y Comentario. Tomo II – Volumen III. De Los Contratos en Particular. (Conclusión)".  
Lima. En: "Revista de Derecho y Ciencias Políticas". Director Pedro M. Oliveira. Decano. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, AÑO V. NUMERO 1. TOMO V. pp. 79 – 191.  
1937 "Código Civil, Exposición sistemática y comentario".  
Lima. Tomo I.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor.

1998 "Derecho Familiar Peruano".  
Lima. Gaceta Jurídica.  
1992 "Derecho familiar peruano". Tomo I: Sociedad Conyugal, pp. 281. Tomo II: Sociedad Paterno – Filial. Amparo Familiar del Incapaz, pp. 494.  
Lima. Editorial Studium.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA.

1989 "Jurisprudencia Civil".  
Lima Ed. Cultural Cuzco S.A.

COUTURE, Eduardo J.

1950 "Estudios de Derecho Procesal Civil"  
Buenos Aires. T. II EDÍAR.  
1973 "Fundamentos de Derecho procesal civil"  
Buenos Aires. 3ª edición póstuma (reimpr.) Depalma.

COUSO, Juan Carlos;

1973 "Intervención y administración judicial de sociedades"  
Buenos Aires. Ed. Plus ultra.

CHIOVENDA, Giuseppe.

1997 "Curso de Derecho Procesal Civil"  
México. Editorial HARLA. Traducción y compilación Enrique Figueroa Alfonso.

CHUNGA LAMONJA, Fermín.

1995 "Derecho de Menores".  
Lima. Editorial Grijley.

DE CASSO Y ROMERO; Ignacio.

1950 "Diccionario de Derecho Privado".  
Barcelona. Editorial Labor S.A. T, 1.

DE LA RIVA ROSSI, Ruy.

1964 "La Representación".

Lima. Tesis de Bachiller, Pontificia Universidad Católica del Perú.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.

1991 "El Contrato en General". En: Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol XI, seis tomos.

Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú,.

DE LOS MOZOS, José Luis.

1965 "El Principio de la Buena Fe"  
Barcelona. Ed. Bosch.

1959 "La conversión del negocio jurídico".  
Barcelona. Ed. Bosch.

DELEUZE, G.

1981 "FRANCIS BACON, LOGIQUE DE LA SENSATION"  
París. Edition de la difference.

DEFFIS R., Reynaldo.

1942 "Del Contrato de mandato y su aplicación a los títulos de Crédito"  
México. Ed. Escuela libre de Derecho.

DEVIS ECHANDIA, Humberto.

1984 "Teoría general del proceso"  
Buenos Aires. Edit. Universidad.

DEVIS ECHEANDIA, Hernando,

1962 "Tratado de Derecho procesal civil"  
Bogotá. T. III, Edit. Temis.

1985 "Teoría general del proceso"  
Buenos Aires. 2 Tomos, Editorial Universidad de Buenos Aires.

DIAZ GOMEZ, Aurelio.

1975 "Apoderado, Nuncio, Autotutela, Sustitución y poder para apoderar, Ratificación y otras cuestiones".  
Buenos Aires. En: Revista del Notariado, Organización del Colegio de Escribanos; Capital federal de la República Argentina; Enero—Febrero 1975; Año LXXVIII, N° 739.

DIEZ PICAZO, Luis.

1994 "Sistema de Derecho Civil"  
Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1ª Edición 1975, 2ª reimpresión de la 8ª Edición. Volumen I. Coautor: GULLÓN, Antonio.

1979 "La Representación en el Derecho Privado"  
Madrid. Edi. Civitas S.A..

1970 "Forma y Voluntad en el Negocio de Apoderamiento".  
Madrid. En: Revista Crítica de Derecho inmobiliario; Año XLVI; Sep—Oct. 1970, N° 480.

ENNECERUS, Ludwig.

1944-1951 "Tratado de Derecho Civil"  
Barcelona. Editorial Bosch. 10 volúmenes.

1944-B "Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones"  
Barcelona. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez González y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo II. 2 volúmenes.

1944-A "Tratado de Derecho Civil. Parte General"  
 Barcelona. Traducción de la 35 Edición Alemana, por Blas Pérez  
 Gonzáles y José Alguer. Primera Edición. Editorial Bosch. Tomo I. 2  
 volúmenes.

ELIAS LAROZA, Enrique.

1998 "Ley General de Sociedades Comentada".  
 Trujillo. Editora Normas Legales.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan.

2008 "Acto Jurídico Negocial". Analisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial.  
 Lima Editorial Gaceta Jurídica.

2004 "El acto jurídico a través de la jurisprudencia". En "Dialogo con la  
 Jurisprudencia"; Numero 74; Noviembre; Año 10.  
 Lima. Gaceta Jurídica.

1996 "Estudios de Derecho de las Personas"  
 Lima. Editorial Huallaga. 2ª Edición.

ESTURILLO LOPEZ, Antonio.

1992 "Estudio de la Legislación Sobre el Registro Mercantil. Practica de Legislación  
 Mercantil Societaria"  
 Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España.  
 Centro de Estudios Registrales.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos.

2001 "Derecho de las personas".  
 Lima. Editorial Jurídica Grijley. 8ª Edición.

1996 "El Derecho en un Periodo de Transición entre dos Épocas"  
 Lima. En Revista Jurídica del Perú: "Gaceta Jurídica" pp. Del 61 al 72

FOUCAULT, Michel.

1970 "LA ARQUEOLOGÍA DEL SABER"  
 México. Editores Siglo XXI.

FLORES GALINDO, Alberto.

1990 "REENCONTREMOS LA DIMENSION UTOPICA"  
 En Revista: "Socialismo y Participación" N° 50. Junio de 1990. Pp: 83-88.

GARCIA AMIGO, Manuel.

1979 "Instituciones de Derecho Civil. I Parte General" .  
 Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

GARRIDO LAGO, Jorge.

1985 "Contratos Civiles y Comerciales".  
 Buenos Aires. Editorial Universidad. Tomo I.

GARRIGUES, Joaquín.

1987-A "Curso de Derecho Mercantil"  
 Bogotá Editorial Temis. Tomo 1. Reimpresión de la séptima edición.

1987 -B "Curso de Derecho Mercantil"  
 Bogotá Editorial Temis. Tomo IV. Reimpresión de la séptima edición.

1979 "Curso de Derecho Mercantil".  
 México. Editorial Porrúa S.A.;Tomo. I.

GONZALEZ, Carlos.

1994 "La intervención voluntaria de terceros en el proceso"  
Buenos Aires. Abaco.

GONZALES GOMEZ, Bernardo.

1963 "Existencia e inexistencia de los actos de Derecho privado".  
Bogotá. Tesis.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús,

1984 "El Derecho a la Tutela Jurisdiccional".  
Madrid. Edit. Civitas.

GRONILLO, Arturo.

1951 "Sociedades entre esposos"  
Córdoba. Editorial de la Universidad.

GUEVARA MANRIQUE, Rubén.

1997 "El Registro de Mandatos y Poderes"  
Lima. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la  
Universidad San Martín de Porres. "Vox Iuris N° 7".

1994-A-B "Derecho registral"  
Lima. Editora FECAT. Tomo I.

1983 "Manual de Derecho Registral y Notarial"  
Lima. Librería Studium.

GUZMAN BRITO, Alejandro.

2004-A "Derecho Privado Romano"  
Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición 1996.  
Reimpresión de primera edición 2004. Tomo I.

2004-B "Derecho Privado Romano"  
Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición 1996.  
Reimpresión de primera edición 2004. Tomo II.

HEDEMANN, J.W.

1958 "Derecho de Obligaciones".  
Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Volumen III.

HERNANDEZ GIL, Antonio.

1944 "METODOLOGIA DEL DERECHO"  
Madrid, 1ª Edición, Editorial Revista de Derecho Privado.

HERNANDEZ MORENO, Alfonso.

1980 "Mandato, poder y representación: Una nueva lectura del artículo 1716 del  
Código civil".  
Barcelona. En: Revista jurídica de Cataluña; 1980, abril-junio, año LXXIX, N° I.

HERNÁNDEZ LOZANO, Carlos y VÁSQUEZ CAMPOS, José.

1996 "Código Procesal Civil".  
Lima. Tomo II. Ediciones Jurídicas.

HERNANDO NIETO, Eduardo.

2002 "Deconstruyendo la Legalidad"  
Lima. Fondo Editorial de la PUC del Perú.

HERNÁNDEZ SAMPIERI; Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar.

2006 "Metodología de la Investigación"  
Méjico. Cuarta edición. Editorial McGraw Hill, Interamerica.

HESSE, Konrad.

1995 "Derecho Constitucional y Derecho Privado".  
Madrid. Editorial Civitas. Traducción de la edición alemana por Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

HINESTROZA, Fernando.

2008 "La Representación".  
Bogotá. Universidad Externado de Colombia

HINOSTROZA, Alberto.

1997 "Jurisprudencia Civil"  
Lima. Editorial FECAT.

HITTERS, Juan Carlos.

1998 "La casación civil en el Perú".  
Lima. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Volumen II. Industrial Gráfica.

HUPKA, Josef.

1930 "La representación voluntaria en los negocios jurídicos".  
Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducción del alemán y notas de Luis Sancho Seral.

IHERING, Rudolf Von.

1947 "3 Estudios Jurídicos. Del Interés en los Contratos. La posesión. La Lucha por el Derecho"  
Buenos Aires. Editorial Atalaya.

1946 "El Fin en el Derecho"  
Buenos Aires. Editorial Atalaya.

ITURRIAGA ROMERO, José.

1974 "La Representación en el Derecho Privado".  
Lima. Editorial Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

IRTI, Natalio.

1992 "La Edad de la Descodificación"  
Barcelona. José Maria Bosch Editor S.A. Traducción Luis Rojo Ajuria

JELLINEK, Georg.

1981 "Teoría General del Estado".  
Buenos Aires. Editorial Albatros. Primera edición de 1900.

JOSSERAND, Louis.

1951 "Derecho Civil"  
Buenos Aires. Editorial Bosch (8 Tomos). Tomo II. Volumen II. Traducción Santiago Cunchilló y Manterola.

1937 "Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado alemán".  
Buenos Aires. Editorial Ciencias jurídicas y sociales.

KANTOROWICZ, German.

1949 "La lucha por la ciencia del derecho".  
Buenos Aires. S/E. 1ª Edición Castellana. 1ª Edición Alemana 1906.

KAUNE ARTEAGA, Walter.

1981 "Teoría general de los principales contratos"  
Bolivia. Tesis.

KELSEN, Hans.

1987 "TEORÍA PURA DEL DERECHO".  
Lima. Ediciones "Wisla"

KOVALOFF, Osías.

1967 "Procurador"  
Buenos Aires. En: Enciclopedia jurídica OMEBA; Ed. OMEBA, , 1967, t. XXIII.

KRUIJT, Dirk.

1989 "La revolución por decreto"  
Lima. Mosca Azul Editores.

LARENZ, Karl.

1956 "Base del Negocio jurídico y cumplimiento de los contratos"  
Madrid. Editorial Revista de Derecho privado.

LEON BARANDIARAN, José.

1997 "Acto Jurídico"  
Lima. Gaceta Jurídica Editores.

1975 "Contratos en el Derecho Civil Peruano".  
Lima. Tomo II.

LEON HURTADO, Avelino.

1990 "La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos"  
Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

LIEBMAN, EnricoTullio.

1980 "Manual de Derecho Procesal Civil".  
Buenos Aires. EJEA.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.

1994 "El Negocio jurídico".  
Lima. Editorial Jurídica GRIJLEY. 2ª ed.

LOPEZ FERNANDEZ, Carlos.

1987 "Incidencia en la práctica notarial de algunos problemas relativos a los conceptos de Mandato, Representación y Poder".  
Montevideo. En: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales, Año XXVIII, Jul-Dic de 1987, N° 3-4.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio.

1984 "Derecho de Familia".  
Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.



LOEWENSTEIN, Karl.

1982 "Teoría de la Constitución".  
Barcelona – España. Editorial Ariel.

LOZANO, Godofredo E.

1967 "Comisión Mercantil".  
Buenos Aires. En: Enciclopedia jurídica OMEBA; Ed. OMEBA, t. III.

LUMBRERAS, Luis Guillermo.

1986 "Una Nueva Visión del Antiguo Perú".  
Lima. Munilibros/11. Edita Municipalidad de Lima Metropolitana (Secretaría de Educación y Cultura).

LYOTARD, Jean-Francois.

1987 "La Condición Postmoderna"  
Madrid. Cátedra. 1ª Edición de 1979.

1990 "Economía Libidinal"  
México . F.C.E. 1ª Edición.

MARTÍNEZ, Hernán J.

1987 "Procesos con sujetos Múltiples"  
Buenos Aires. La Rocca.

MAZEAUD, Henri, Leon y Jean

1967 "Lecciones de Derecho Civil".  
Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Parte Tercera, Volumen IV.

MEGNA, Pedro Pascual.

1972 "La Gerencia de la Sociedad Anónima".  
Buenos Aires. Editorial Cangallo S.A.

MELICH ORSINI, José.

"Estudios de Derecho Civil"  
Editorial Talleres Italgráfica,

MERINO Y HERNANDEZ, José Luis.

1971 "Sobre la unilateralidad del poder".  
Madrid. En: Revista de Derecho Notarial, En-Mar. 1971, N° LXXI; Año XVIII, Colegios notariales de España.

MENDOZA PONCE DE LEON, Fernando de.

1963 "El acto jurídico unilateral obligatorio".  
Bogotá. Tesis.

MESSINEO, Francesco.

1979 "Manual de Derecho Civil y Comercial"  
Buenos Aires. Traducción de Santiago Sentis Melendo; Edit. Jurídicas Europa-América,

1971 "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo VI, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

1952 "Doctrina General del Contrato"  
Buenos Aires. Editorial EJE. Traducción S. Sentis Melendo. M. Volterra. R. O. Fontanarrosa. Tomo I.

MINERVINI, Gustavo.

1959 "El Mandato, la Comisión en el Contrato de Comisión de Transporte"  
Barcelona. Editorial Bosch.

MONROY GÁLVEZ, Juan.

1996 "Introducción al proceso civil"  
Bogotá, Temis-De Belaunde & Monroy.

MONOD, JACQUES.

1985 "El azar y la necesidad"  
Madrid. Ediciones Orbis HISPAMERICA EDICIONES ARGENTINA S.A.  
Traducción de Francisco FERRER LERIN.

MORAROAL, Juan,

1972 "La intervención adhesiva simple: Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil".  
Barcelona. Editorial Hispano Europea.

MONTERO AROCA, Juan

1994 "Derecho Jurisdiccional"  
Barcelona. Editorial Bosch.

1994 La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más crucial su uso cuanto más se escribe sobre él),  
Madrid. Edit. Civitas.

1997 "Introducción al Derecho Procesal",  
Madrid. Edit. Tecnos.

MONROY GÁLVEZ, Juan F.

2004 "La formación del proceso civil peruano".  
Lima. Editorial Palestra, 2da. Edición.

MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy.

1999 "Derecho de Menores: Alternativas frente a la Problemática del Menor".  
Lima. Editorial San Marcos.

.

MOSCO, Luigi.

1963 "La representación voluntaria en los negocios jurídicos"  
Barcelona. Traducción por F. Cerrillo Quilez. Colección Nereo.

MOSSET ITURRASPE, Jorge.

1979 "Mandatos".  
Buenos Aires. Editorial Ediar.

MORALES HERVIAS, Rómulo.

2005 "La irrevocabilidad del poder. A propósito de un inútil debate jurídico".  
Lima.

MUCIUS SACEVOLO, Quintus.

"Código civil comentado y concordado, estudio comparativo de Códigos europeos y americanos".

NEGRI PISANO, Luis E.

1985 "La representación voluntaria: El poder y el Mandato"  
Buenos Aires. Editorial A. Perrot.

NEIRA, HUGO.

1996 "Hacia la tercera mitad" . Perú XVI-XX. Ensayos de relectura herética.  
Lima. Fondo editorial SIDEA (754p.).

NEIPP, Vittorio.

1962 "Causalidad jurídica y representación".  
Buenos Aires. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Editorial  
Jurídica Europa—América, EJEA.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm.

1983 "El ocaso de los ídolos"  
Editorial Tusquets. Colección Cuadernos Infinitos.

RAMOS NUÑEZ, Carlos.

2005 "La Codificación del Siglo XIX; Los Códigos de la Confederación y el  
Código Civil de 1852" Tomo II:  
Lima. Fondo Editorial de la PUCP. Primera edición 2001. Primera  
reimpresión 2005.

OERTMANN, Paúl.

1933 "Introducción al derecho civil"  
Barcelona. Traducción por del alemán de Luis Sancho Seral. Editorial  
Labor.

OLAECHEA DU BOIS, Manuel Pablo

1941 "La Autocontratación en la doctrina, en el derecho comparado y la  
legislación peruana"  
Lima. Tesis de Bachiller. UNMSM. 21 de mayo 1941.

ORTEGA Y GASSET, José.

1984 "Historia como sistema" . y otros ensayos filosóficos.  
Madrid. Edición SARPE.

OVIEDO BUSTOS, Alicia M.

1984 "Gestión de Negocios".  
Buenos Aires. Editorial Astrea.

PACCHIONI, Giovanni.

1948 "Los contratos a favor de terceros"  
Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Traducido por Francisco Javier  
Osset.

PARDO MARQUEZ, Bernardo.

1966 "Derecho Registral Inmobiliario en el Perú".  
Lima . Litografía Huascaran. Tomo I. Segunda Edición.

PECES BARBA, Gregorio.

1995 "Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General"  
Madrid. Ed. Boletín del Estado,

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.

1984 "Representación, Poder y Mandato"  
México. Editorial Porrúa S.A.

PEYRANO Jorge W.

S/F "Derecho Procesal Civil. De Acuerdo al C.P.C. Peruano"  
Lima. Ediciones Jurídicas.

1991 "El Derecho Procesal Postmoderno"

Rosario, Editorial Juris. En: "Procedimiento Civil y Comercial". Tomo I.

1980 "El valor eficacia en el proceso civil contemporáneo"

Buenos Aires. En "Cuestiones de Derecho Procesal", págs. 19-20. Editorial LL.

1978 "El proceso civil, Principios y fundamentos".

Buenos Aires. Edit. Astrea.

PEYRANO, Jorge W.; y CHIAPPINI, Julio O.

1985 "El proceso atípico, Parte Segunda".

Editorial Universidad,.

1984 "El cuarto estadio de los conocimientos procesales y el eficientismo procesal"

Buenos Aires. Editorial LL.

PICÓ, José María

1997 "Las garantías constitucionales del proceso".

Barcelona. Bosch Editor.

PLANIOL, Marcelo

1945 "Tratado Practico de Derecho Civil Francés"

La Habana. Editorial Cultura. Traducción al español Mario Díaz Cruz. 14  
Tomos. Tomo X, y XI Contratos.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F.

2003 "Filiación y Patria Potestad en la Doctrina y en la Jurisprudencia".

Lima. Editorial Gaceta Jurídica.

2001 "Manual de Derecho de familia".

Lima. Gaceta Jurídica.

PODETTI, Ramiro.

1955 "Tratado de los actos procesales y normas generales"

Buenos Aires. 2ª EDIAR.

POTHIER, Robert Joseph.

1821 « Oeuvres Completes, Traité du contrat de mandat », T I.

París.

POPPER, KARL RAIMOND.

1982 "La sociedad abierta y sus enemigos".

Barcelona, Ed. PAIDOS . Traducción hecha por Eduardo LOEDEL.

POUND, Roscoe.

1943 "El derecho y la ciencia del derecho en las teorías recientes"

Buenos Aires. En "LA LEY", Tomo 29, Enero-Febrero-Marzo; p. 826- sgtes.

1945 "Algunas reflexiones sobre la ciencia jurídica"

Buenos Aires. En "LA LEY", Tomo 39, Julio-Agosto-Setiembre; p. 1043-sgtes.

1950 "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico"

Barcelona (España) . Editorial Ariel.

POZO VIDAL, Jorge.

1988 "Sociedades Anónimas".  
Lima. Editorial Justo Valenzuela V EIRL.

PUIG FERRIOL, Luis.

1967 "El albaceazgo"  
Barcelona. Editorial Bosch.

PUIG BRUTAU, José.

1981 "Introducción al Derecho civil"  
Barcelona. Editorial Bosch.

PUIG PENA, FEDERICO

1966 "Compendio de Derecho Civil Español".  
Barcelona. Ediciones Nauta. Torno I (Parte General).

RAMOS NÚÑEZ, Carlos

2000 "Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX". El orbe jurídico  
ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre".  
Lima. Fondo Editorial PUC.

REDENTI, Enrico.

1957 "Derecho procesal civil".  
Buenos Aires. EJEA.

ROCCO, Ugo.

1959. Teoría General del Proceso".  
México. Editorial Porrúa.

1969-1970 "Tratado de Derecho Procesal Civil".  
Bogotá y Buenos Aires. Editorial Temis y Depalma, Vols. 1 y I,

ROMERO MONTES, Francisco Javier.

2003 "Curso del Acto Jurídico".  
Lima. Editorial Librería Portocarrero S.R.L. Diciembre.

REZZONICO, Luis María.

1970 "Estudio de los contratos en nuestro Derecho civil, Actualización según las  
leyes 17711 y 17940"  
Buenos Aires. Editorial Depalma.

RIVA AGÜERO, José de la.

1912 "Concepto de derecho; ensayo de filosofía jurídica".  
Lima. Librería Francesa Editorial ROSAY.

1969 "Paisajes peruanos"  
Lima. Editorial PUCP. Obras Completas Tomo IX. . Estudio Preliminar de  
Raúl Porras Barrenechea.

RODRIGUEZ VELARDE, Javier.

1996 "Los Contratos a Distancia".  
Lima. En: Revista jurídica del IPEF.

ROSEMBRUSCH, Erwin O.

"La representación en el Código civil"

ROULAND, Norbert.

1994 "El Pluralismo Jurídico"

Lima. En Revista del Foro del CAL: pp. 227- 238. Traducido del Francés por Carlos Ramos Nuñez.

SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro.

1995 "Código Procesal civil del Perú y Legislación procesal en vigor".

Lima. Editorial San Marcos.

SALAZAR BONDY, Augusto.

1967 "Historia de las ideas en el Perú contemporáneo"

Lima. Segundo Tomo. Francisco Moncloa Editores S.A. 1ª Edic. 1965. 2ª.

SANCHEZ URITE, Ernesto A.

1986 "Mandato y representación".

Buenos Aires. Segunda edición actualizada. Editorial Abeledó Perrot.

SANCHEZ, Luis Alberto.

1993 "San Marcos en el Perú del siglo XXI".

Conversaciones con LAS / Revista de Investigación de la UNMSM.

Lima, "Alma Máter" N° 4: pp.7 al 12.

SAVIGNY, Karl Von. (Compilador: STERN, Jacques)

1970 "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho" (1814)

Madrid . Editorial Aguilar. Traducción de José DIAZ GARCIA

1878-1879 "Sistema del Derecho romano actual".

Tomos: I-VI, edición en castellano: 1ª traducción del alemán: Charles Guenoux, traducción del francés: Jacinto Masía y Manuel Poley, prologo: Manuel Durán y Bas.

Madrid: F. Góngora y Compañía, Editores.

SCHULZ, Fritz

2000 "Principios del Derecho Romano"

Madrid. 2ª Edición, Revisada y corregida. Editorial Civitas.

SENTÍS MELENDO, Santiago

1957 "El Juez y el Derecho" (Jura novit curia)

Buenos Aires. EJEA.

1959 "Teoría y Práctica del Proceso"

Buenos Aires. EJEA.

SILVA VALLEJO, José Antonio.

1991 "La Ciencia del Derecho Procesal".

Lima. Fecat.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro.

1989 "Metodología de la investigación jurídica social".

Lima. Editorial San Marcos.

SORIA ALARCON, Manuel Felipe.

1968 "El sistema de la propiedad, el de la tenencia de la tierra y los regímenes de excepción en la ley de reforma agraria N° 15037".

Lima. UNMSM. Tesis (Br).

1997 "Estudios de Derecho Registral".

Lima. Palestra Editores.

SOTO NIETO, Francisco.

1974 "Aspectos fundamentales de la representación".

Barcelona. En: Revista Jurídica de Cataluña; jul—set., Año LXXIII, N° 3, 1974.

SPOTA, Alberto G.

1983 "Instituciones de Derecho civil, Contratos"

Buenos Aires. Tomo VIII. Ediciones Depalma,

STITCHKIN BRANOVER, David.

1975 "El mandato civil"

Santiago de Chile. Edit. Jurídica.

STOLFI, Giuseppe.

1959 "Teoría del negocio jurídico"

Madrid. Traducción de Jaime Santos Briz. Editorial Revista de Derecho Privado.

TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén.

1992 "Derecho de Familia".

Lima. Editora Triunfaremos.

TICONA POSTIGO, Víctor.

1996 "Análisis y comentarios del Código procesal civil"

Lima. 2ª Editorial Grijley.

THIBAUT. (Compilador: STERN, Jacques)

1970 "Sobre la necesidad de un derecho civil, general para Alemania"

Madrid. Editorial Aguilar. Traducción de José DIAZ GARCIA.

TORRES VASQUEZ, Aníbal.

2001 "Acto Jurídico";

Lima. Editorial Moreno S.A. IDEMSA

1998 "Acto Jurídico".

Lima. Editorial San Marcos.

1996 "Código Civil".

Lima. Editorial Cultural Cuzco S.A. 3ª edición.

1991 "Derecho Civil, Parte General, Introducción al Derecho y Título Preliminar".

Lima. Editorial Cultural Cuzco S.A.

TRAVIESAS, Miguel M.

1923 "La representación y otras instituciones afines".

Madrid. En: Revista de Derecho Privado; Año X, N° 113; 15-02- 1923.

TRABUCCHI, Alberto.

1967 "Instituciones de Derecho Civil"

Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado.

TRAZEGNIES, Fernando de

- 2000 "Pensando Insolentemente"  
Lima. Fondo Editorial de la PUC del Perú.
- 1996 "Postmodernidad y derecho"  
Lima. 1ª Edición. ARA Editores.
- 1995 "En el país de las colinas de arena"  
Lima. 2 Edición. Fondo Editorial de la PUC del Perú. Volumen I y II.
- 1994 "Postmodernidad y pluralismo jurídico"  
Lima. En: ¿Qué modernidad deseamos?. Epígrafe S.A. Editores.  
pp.191-212. Editores: David Sobrevilla, y Pedro Belaúnde M.
- 1991 "El derecho civil ante la post-modernidad"  
Lima, en Revista 'Derecho' N°45: pp.287 al 333. PUCP Fondo Editorial.
- 1960 "Un ensayo sobre la propiedad de la tierra agraria en el Perú"  
Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis (Br).

TRAZEGNIES, Fernando de; y otros compiladores.

- 1990 "La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez".  
Lima. Fondo Editorial de la PUC del Perú.

TUHR, A. Von.

- 1934 "Tratado de las Obligaciones".  
Madrid. Editorial Reus. Traducido del alemán por W. Roces.

VALVERDE, Emilio.

- 1942 "El derecho de familia en el Código Civil peruano".  
Lima. Imprenta del Ministerio de Guerra.

VASQUEZ DEL MERCADO; Antonio.

- 1980 "Teoría de la representación en las obligaciones".  
México. En: Revista de investigaciones jurídicas, Año 4, N° 4, 1980, Instituto Escuela Libre de Derecho.

VESCOVI, Enrique.

- 1999 "Teoría general del proceso"  
Santa Fe de Bogotá. Editorial Temis S.A.
- 1996 "El Recurso de Casación".  
Montevideo, Ediciones IDEA.
- 1990 "Exposición de Motivos del Código General del Proceso Uruguayo".  
Montevideo. Editorial Abaco.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando.

- 1990 "La representación en el ámbito del Derecho de Familia".  
En: TRAZEGNIES, Fernando de; y otros compiladores. "La familia en el derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez". Pp. 281-292.
- 1985 "Teoría General del Acto Jurídico".  
Lima. Edit. Cultural Cuzco.

VISINTINI, Giovanna.

- 1986 "Culpa y apariencia en la representación".  
Lima. En: Nuevas tendencias de Derecho contractual, "Libro Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle" T.. 1, Edi. Grupo peruano de la Asociación Henry Capitant.



VIVAR MORALES, Elena María  
1992 "Derecho registral y notarial" Materiales de Enseñanza  
Lima. PUC

WAGH, Adolfo.  
1977 "Manual de Derecho Procesal".  
Buenos Aires. EJEA.

WEBER, Max.  
1964 "Economía y sociedad".  
México. Fondo de Cultura Económica.

ZANNONI, Eduardo.  
1998 "Derecho de Familia".  
Buenos Aires. Editorial Astrea.